

LE FONDAMENT
DE LA
FILIACTION LÉGITIME

THÈSE POUR LE DOCTORAT
soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
Le Lundi 20 JUIN 1938, à 14 heures

PAR

Max BRIÈRE

JURY D'EXAMEN :

Président	MM. FREJAVILLE, Professeur.
Suffragants	{ BRIDREY, Professeur.
	{ BESNIER, Professeur.

Imprimerie LECERF

ROUEN

1938

**LE FONDAMENT
DE LA FILIATION LÉGITIME**

Université de Caen - Faculté de Droit

Année scolaire 1937-1938

Doyen :

M. HENRY NEZARD (*, I. ☉)

Doyen honoraire :

M. EUSTACHE PILON (O. *, I. ☉)

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (*, I. ☉)

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. ☉)

DEGOIS (I. ☉)

Professeurs :

- MM. NÉZARD (*, I. ☉), professeur de Droit administratif, chargé du Cours de Législation Minière ;
GOMBEAUX (*, I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit international privé ;
BRIDREY (*, I. ☉), professeur de Droit romain, chargé du Cours d'Histoire du Droit Public ;
LEPARGNEUR (*, I. ☉), professeur de Droit commercial, chargé du Cours de Droit maritime ;
LEMONNIER (I. ☉), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Législation industrielle ;
PERREAU (*, ☿, ☉), professeur de Droit criminel, chargé du Cours de Droit civil approfondi et comparé ;
LAMPUÉ (☉), professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel ;
YVER (☉), professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé, chargé du Cours d'Histoire de la Coutume de la Normandie ;
PRUD'HOMME (*, ☿, ☉), professeur de Procédure Civile et de Voies d'Exécution ;
FRÉJAVILLE (☉), professeur de Droit civil ;
BESNIER, professeur de Droit Romain ;
LEDUC, professeur d'Economie Politique, chargé du Cours d'Histoire des Doctrines Economiques et du Cours de Législation Financière ;
SAINT GERMÈS, Professeur d'Economie politique.

Secrétaire :

M. ROUX (*, I. ☉, ☿, ☿), Secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LE FONDEMENT
DE LA
FILIAISON LÉGITIME

THÈSE POUR LE DOCTORAT
soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

Le Lundi 20 JUIN 1938, à 14 heures

PAR

Max BRIÈRE

JURY D'EXAMEN :

Président	MM. FREJAVILLE, Professeur.
Suffragants . . .	{ BRIDREY, Professeur.
	{ BESNIER, Professeur.

Imprimerie LECERF
ROUEN

1938



Conciliation et opposition de ces points de vue

INTRODUCTION

Une étude sur le fondement de la légitimité ne saurait être conçue comme une simple application littérale des textes ; elle doit tendre surtout à dégager de la nature des choses et des conditions sociales de vie un certain nombre de normes, ainsi qu'à rechercher si ces règles sont adoptées par la loi et par la jurisprudence.

I

Quel est ce « donné » de la nature qui va conditionner la filiation et plus spécialement la filiation légitime ? Sa détermination est délicate, car la filiation est une notion excessivement complexe qui met en jeu des éléments d'ordre physiologique, psychologique, moral et social.

*
**

La filiation apparaît d'abord comme un phénomène physiologique (1) : l'enfant est le résultat des rapports sexuels entre un homme et une femme. La question serait donc des plus simples s'il était possible d'apporter des preuves certaines et authentiques de la conception. Mais il en est tout autrement ; la vie se communique dans des conditions absolument secrètes et le chancelier d'AGUESSEAU disait déjà (2) : « Quoique rien

(1) Certains auteurs en font l'élément primordial. V. P. Motin, *Essai d'une théorie nouvelle sur la nature juridique de la reconnaissance volontaire des enfants naturels*. Thèse, Rennes, 1934.

(2) Rapporté au *Répertoire de Jurisprudence* de Merlin. V^o Légitimité, Section II.

ne soit plus important à l'homme que la connaissance de son état, il faut avouer néanmoins qu'il n'y a rien de plus caché. Sa naissance et son origine, sa qualité de fils et de fils légitime sont autant de mystères dont il semble que la nature lui refuse la preuve. C'est en vain qu'il cherche à s'en assurer absolument ; personne, comme a dit le plus ancien des poètes, ne peut connaître son père, encore moins le prouver aux autres. » On ne peut avoir recours, dans un tel sujet, qu'à des conjectures, des présomptions.

Il n'y a qu'une date certaine : celle de la naissance. Dans l'ordre physiologique, elle a sans doute un rôle. Ce n'est qu'à ce moment-là que l'enfant acquiert une existence distincte de celle de sa mère ; auparavant, on ne savait même pas s'il naîtrait viable : c'était, en quelque sorte, un enfant sous condition.

Mais il n'en reste pas moins vrai que la naissance ne peut avoir qu'un rôle secondaire, parce que l'origine de la vie est antérieure. Quant au fait générateur de la vie, il n'y a pas de certitude objective mais seulement un degré de vraisemblance plus ou moins grande.

En un mot, la physiologie ne nous apporte, en ce domaine, que des probabilités.

*
**

La filiation constitue également un lien d'ordre psychologique reposant sur les sentiments et le vouloir des parents.

Les parents ont vis-à-vis de leurs enfants, des sentiments naturels d'affection ; l'amour maternel est le plus fort d'entre eux. Il est difficile de savoir à quel moment naissent ces sentiments. Il est à noter seulement qu'ils s'affirment surtout aux approches de la naissance. « Une

inclination naturelle plus forte que la loi positive et qui s'impose à son respect détermine, à cette date, la place que l'enfant est destiné à occuper au foyer domestique (3). »

D'autre part, s'il est impossible de dire avec M. le Professeur COLIN qu' « entre le père et les enfants aucun lien ne peut être créé que par la volonté de l'homme », il n'en est pas moins vrai que la volonté des parents est un des éléments qui entre en jeu pour la détermination de la filiation. Par exemple, l'homme qui épouse une femme enceinte a le plus souvent l'intention de rendre légitime l'enfant conçu avant le mariage.

*
**

La filiation se présente donc comme un fait naturel que l'on ne peut établir que par des présomptions.

II

Mais c'est un fait naturel qui entraîne des conséquences fort importantes, tant pour l'enfant que pour la société.

*
**

Tout d'abord, l'enfant est intéressé, au premier chef, à être fixé sur le lien de filiation et sur la qualité de ce lien. Sa condition sera variable suivant la paternité qui lui sera attribuée; ses prérogatives seront totalement différentes s'il est légitime, naturel simple ou adultérin.

Ne faut-il pas alors rechercher plutôt l'intérêt de l'enfant que la vraisemblance ? Et qui, mieux que lui,

(3) Note G. P. sous Cass. Civ., 8 janv. 1930, *D. P.*, 1930-1-51.

peut savoir quel est son intérêt ? Sans doute, il ne s'agit pas de le laisser choisir purement et simplement sa filiation ; ce serait contraire à toutes les idées reçues en la matière et au bon sens. Il y a des données naturelles dont on ne peut pas ne pas tenir compte.

Mais, en supposant qu'en vertu des présomptions naturelles, il puisse être attribué à l'enfant plusieurs filiations ou plusieurs qualités dans la filiation, ne faut-il pas lui laisser choisir celle qui lui sera la plus favorable ? Dans ce cas, son intérêt, tant moral que matériel, ne doit-il pas faire décider de son état, indépendamment de toutes les autres contingences ?

Cet intérêt ne sera-t-il, au contraire, qu'un des éléments de décision ? Faudra-t-il aussi rechercher, pour chaque espèce, les circonstances qui rendront plus ou moins vraisemblable telle filiation ou telle qualité de filiation ?

*
**

La filiation est également une question qui intéresse l'ordre moral et social ; ainsi, la filiation légitime est à la base de la famille et, en conséquence, de la société tout entière. S'il peut exister, le choix de l'enfant doit donc être en conformité avec l'intérêt général. Il serait immoral, par exemple, de permettre à une personne d'opter pour une filiation adultérine alors qu'il lui serait possible d'être légitime.

*
**

Le législateur ne peut donc pas se désintéresser d'une telle matière et, dans toutes les sociétés, il lui a donné une réglementation positive. Il tiendra donc compte, sans doute, des données de la nature, mais ce ne sera pas sa seule préoccupation ; l'expérience nous

apprend que les règles juridiques qu'il édicte sont inspirées aussi d'une part par l'intérêt de l'enfant, d'autre part par des considérations morales et sociales. La difficulté vient de ce que ces divers intérêts vont parfois à l'encontre de la réalité.

Faut-il baser la filiation sur des vraisemblances ? Ne faut-il pas plutôt en décider d'après des raisons reposant sur l'intérêt de l'enfant ou sur la haute convenance morale ?

III

C'est, appliqué à la filiation légitime, le débat institué depuis le droit romain entre :

d'une part, la doctrine classique d'après laquelle seul l'enfant présumé conçu en mariage est légitime ;

d'autre part, la thèse canoniste, retrouvée par le juge moderne, et qui attache la filiation légitime aussi bien à la gestation et à la naissance qu'à la conception en mariage.

La lutte qui, dans l'histoire, met aux prises ces deux tendances est passionnante ; elle révèle les grands mouvements d'idées qui se sont succédés depuis plus de deux mille ans.

*
**

Le point de départ se trouve dans le droit romain, qui a fait de la famille antique une émanation de la volonté du « Pater familias ». Le lien de filiation était essentiellement un lien volontaire.

*
**

Puis le droit canon a donné une compréhension très large à la famille.

Pour honorer le mariage et à cause du péché commis par les parents, ce droit se montre extrêmement sévère vis-à-vis des bâtards ; la condition de ceux-ci était bien inférieure à celle des enfants légitimes.

Mais il se montre, par ailleurs, très favorable à la légitimité ; chaque fois qu'il peut faire rentrer un enfant dans la famille légitime, il s'empresse de le faire : la théorie de la légitimation par mariage subséquent n'a été vraiment édifiée que par les canonistes. Ceux-ci ont eu en vue, avant tout, de fortifier le mariage et la famille légitime.

*
**

L'ancien droit, moins humain nous semble-t-il, va faire de la « tache de bâtardise » une souillure irréparable. Que les parents aient conçu dans l'adultère ou l'inceste et l'enfant sera à tout jamais exclu de la famille régulière. Non seulement il se montre sévère pour les illégitimes, mais encore il fait de la famille un cercle étroit et fermé qui n'accueille aucun élément impur : solution logique et conforme à la vraisemblance, peut-être, mais rigoureuse.

*
**

Pour la Révolution, la question du fondement de la légitimité présente assez peu d'importance ; les enfants naturels sont, en effet, assimilés presque entièrement aux enfants légitimes. Il paraît choquant au législateur révolutionnaire de faire supporter aux enfants la faute de leurs parents. L'infériorité des enfants naturels lui semble inspirée par une idée religieuse désuète et lui semble contraire à l'idée d'égalité. Ce droit n'a considéré que l'intérêt de l'enfant.

Par réaction contre cette farouche passion égalitaire de la Révolution, le Code Civil rétablit l'infériorité des enfants naturels. Cependant, tout en semblant admettre, comme règle fondamentale, que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari », il se montre bienveillant en faveur de la légitimité, le faisant reposer dans un cas particulier sur la naissance en mariage. Le Code Civil est une « tentative de conciliation » des deux tendances divergentes.

*
**

Mais, durant le xix^e siècle, la majorité de la doctrine et la jurisprudence vont donner une interprétation extrêmement restrictive des textes : l'article 314 du Code Civil, aux termes duquel est légitime l'enfant né en mariage mais conçu auparavant, ne sera appliqué qu'aux enfants naturels simples. En 1869, pour la Cour de Cassation, le principe que la date de la conception détermine la légitimité est la pierre angulaire de l'organisation de la famille.

Depuis cette époque s'est manifesté tout un mouvement d'idées, favorable aux enfants naturels, tendant d'une part à accroître leurs droits, d'autre part à faciliter leur accès à la légitimité.

En premier lieu, les lois modernes ont relevé la condition des enfants naturels.

Tout en maintenant la différence héréditaire entre enfants légitimes et naturels, la loi du 25 mars 1896 a cependant considérablement diminué l'écart que le Code Civil avait établi entre les uns et les autres.

La loi du 2 juillet 1907, réglementant la puissance paternelle et la tutelle des enfants naturels, a assuré à ceux-ci des garanties que le Code Civil avait réservées aux enfants légitimes ; elle a disposé notamment que les

fonctions dévolues au conseil de famille des enfants légitimes seraient remplies à l'égard des enfants naturels par l'autorité judiciaire.

Et surtout la loi du 16 novembre 1912, modifiant l'article 340 du Code Civil, a permis, dans cinq cas, la recherche judiciaire de la paternité naturelle qui était interdite presque complètement par le Code.

En deuxième lieu, le législateur moderne a permis aux enfants naturels d'avoir plus facilement accès à la légitimité.

Alors que le Code Civil prohibait la reconnaissance et la légitimation des enfants adultérins ou incestueux, les lois de 1907, 1915 et 1924 ont écarté ces barrières.

La loi du 7 novembre 1907 a accordé, pour la première fois, la légitimation par mariage subséquent des enfants adultérins ; cette légitimation pouvait avoir lieu dans deux cas limitativement énumérés.

Les lois des 30 décembre 1915 et 25 avril 1924 ont permis encore plus aisément la légitimation des enfants adultérins. Aujourd'hui, les enfants adultérins *a patre* peuvent à peu près toujours en bénéficier.

Ce courant d'opinions en faveur des enfants naturels se trouve aussi dans la jurisprudence.

A la fin du xix^e et au cours du xx^e siècle, les Cours d'Appel ont opposé une résistance au principe traditionnel consacré par les arrêts de la Chambre Civile en 1869.

Puis, en 1930, la Chambre Civile, par un revirement complet de jurisprudence, a posé le principe général que « tout enfant *né au cours du mariage* a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception ». La Cour Suprême fait reposer sa décision sur une argumentation très sérieuse ; elle estime que cette solution s'explique avant tout par la nécessité d'assurer « la

dignité du mariage et l'unité de la famille ». La Chambre Civile considère, à propos de cette célèbre affaire DEGAS, qu'il serait scandaleux d'exclure de la famille légitime, sous prétexte de conception adultérine, un enfant né, élevé au même foyer que ses frère et sœur, partageant la même possession d'état qu'eux.

La jurisprudence fait de la famille un cercle de plus en plus accessible ; des arrêts tout récents considèrent comme légitime tout enfant dont la conception, la gestation ou la naissance se place en mariage et font même rétroagir cette légitimité antérieurement au mariage.

*
**

Ainsi, après plusieurs siècles d'oubli, les idées des canonistes réapparaissent ; comme en droit canon, la famille d'aujourd'hui est avant tout une unité morale et la pierre angulaire de l'édifice social.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES

- La thèse classique (Droit Romain, Ancien Droit) :
La conception en mariage source de légitimité.
- La thèse canoniste : La conception, la gestation et la
naissance en mariage sources de légitimité.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES

SECTION I

Dans l'évolution juridique romaine, deux périodes sont à considérer : l'une, celle de l'ancien Droit, allant des origines jusqu'à l'époque impériale et au S. C. PLANCIEN ; l'autre commençant au temps d'HADRIEN et s'achevant avec la période justinienne.

§ 1. — DROIT ANTIQUE : LA VOLONTÉ DU « PATER FAMILIAS » SOURCE DE LÉGITIMITÉ

L'ancien droit fait du « Pater familias », « sans qui il n'y a point de domus et qui en constitue une à lui tout seul » le « maître absolu à son foyer et dans le cercle de cette domus. Responsable de leur perpétuité devant ses ancêtres, rien ne saurait l'entraver dans les moyens d'y pourvoir. Donc, il compose la famille comme il veut. Maître de son économie interne, il assigne à qui il y reconnaît ou crée un droit, la place qu'il lui plaît... Le *Pater familias* est le centre autour duquel, de par sa volonté, le reste se classe et s'ordonne » (1).

Par conséquent, « le fait physiologique de la naissance ne suffit pas à créer entre le père et l'enfant un véritable lien de famille ; en réalité, l'enfant est à la discrétion du père qui peut l'accepter dans la maison,

(1) Declareuil, *Paternité et filiation: contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*. Mélanges Girard, 1913, p. 321.

filium suscipere, ou le rejeter, l'exposer ou même simplement le supprimer... Jusqu'à une date très basse, le père garda la latitude de décider souverainement du sort de sa progéniture (2). » Est légitime seulement l'enfant que le père accepte comme tel, celui sur lequel il exerce sa puissance.

Si l'adage : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » a été formulé dans l'ancien Droit Romain (ce qui, d'ailleurs, est discuté), il doit être interprété en ce sens que le mariage est en quelque sorte « une reconnaissance anticipée des enfants de la femme. Il marque, avant la lettre, leur appréhension par le *pater* et leur mise sous puissance... ; ces enfants ne pourront donc pas être réclamés par une autre personne que le *pater* » (3). Mais cette règle ne tendait nullement « à lui imposer des enfants qui ne devenaient vraiment membres de la famille et *sui heredes* qu'après avoir été *suscepti* ».

Toute la famille repose exclusivement sur la volonté du *Pater familias* ; la meilleure preuve n'en est-elle pas que celui-ci pouvait, au moyen de l'adoption, attribuer la condition de « *justus filius* » à un enfant qui ne lui était rien par le sang.

§ 2. — DROIT DE L'EMPIRE ET DE L'ÉPOQUE JUSTINIENNE :
LE MARIAGE DEVIENT LA SOURCE DE LA LÉGITIMITÉ

Dans la deuxième période, au contraire, l'admission de l'enfant dans la famille n'est plus décidée par le libre jeu de la volonté paternelle. Au début du 11^e siècle de l'Empire, deux Sénatus-consultes (4) empêcheront le père

(2) Pierre Tisset, *Contribution à l'histoire de la Présomption de Paternité*. Thèse, Montpellier, 1921, p. 129.

(3) Pierre Tisset, thèse précitée, p. 140.

(4) Ces Sénatus-Consultes, le Sénatus-Consulte Plancianum et un autre de nom inconnu du temps d'Hadrien, font la matière du Titre III, Livre XXV au *Digeste* ; il en est fait mention dans les *Sententiae ad filium* (II, XXIV, 5, 10).

de *suscipere filium* à son gré et lui imposeront l'enfant parfois malgré lui (5).

Il s'opère une transformation complète dans le concept de la puissance paternelle. Des textes des II^e et III^e siècles révèlent une filiation indépendante de la volonté du *Pater familias*. L'enfant légitime y est défini : l'enfant né d'une femme mariée, des œuvres du mari (6). D'emblée, et par le seul fait de la naissance, l'enfant est incorporé à la famille (7). Sous l'influence des mœurs, des modifications profondes se produisent dans la notion de paternité ; « l'élément de puissance qui était jusque là prépondérant s'estompe et s'obscurcit ; le *pater* fait place au *génitor*... Le droit tend à se rapprocher plus étroitement du fait : le lien de filiation sera déclaré et ne restera établi juridiquement qu'autant qu'il paraîtra établi dans la réalité des choses ; en un mot, la notion de puissance a cédé la place à la notion de consanguinité. » (8)

C'est alors que la règle *Pater is est*, formulée par Paul (9) au sujet de l'*in jus vocatio* prend à peu près la même signification que celle que nous lui donnons en droit français. Pourtant, cet adage n'a jamais eu à Rome l'importance que nous attribuons à l'article 312 du Code Civil (10), il n'y a pas eu de « présomption de paternité » au sens que nous attachons à ces termes (11).

(5) V. sur cette question, Declareuil, article précité ; P. Tisset, thèse précitée.

(6) Ulpien, I, 6, pr., *D. I, 6* : *Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur* ».

(7) Ulpien, I, 4, *D. I., 6* : « *Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est* ».

(8) P. Tisset, thèse citée, p. 211.

(9) Paul, *L. 5, D. de in jus voc. II, 4*.

(10) Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, pp. 170 et 171.

(11) V. P. Tisset, thèse citée, p. 141.

Sans admettre une présomption *juris et de jure* analogue à celle de l'article 312 § 2 du Code Civil, les jurisconsultes romains ont retenu quelques indications d'ordre général sur la durée de la gestation. La plupart (12) sont d'avis de fixer la durée *maxima* de la grossesse à 300 jours et la durée *minima* à 180 jours.

Quoi qu'il en soit, lorsque la légitimité provient des « *justæ nuptiæ* », il est bien certain qu'elle repose sur la conception en mariage. Cette règle est-elle absolue ? Quelle est, en particulier, la situation de l'enfant né dans le mariage quoique ayant été conçu auparavant ?

C'est JUSTINIEN qui, le premier, a envisagé le cas dans la loi 11 C. *de naturalibus liberis* (13), et la novelle 89, chap. 6 (14) ne fait que reproduire cette disposition.

Dans le corps de ces deux textes, le législateur recherche si un enfant conçu dans un concubinage simple et né dans le mariage est légitime dès qu'il voit le jour : ce qu'il décide affirmativement.

Sans doute la loi 11 n'a trait qu'à l'enfant conçu dans un concubinage simple. Or, à Rome, le concubinage était un état mixte entre le mariage et la conjonction illégitime : cette union était une coutume tolérée, *licita consuetudo*, livre 6 du Code *ad Senatus-consultum Orphitianum*. La concubine était qualifiée de *minus justa uxor*. Les fruits des autres conjonctions, passagères ou illicites, étaient qualifiés de *spurii* ou de *vulgo quæsi* ; ces derniers ne pouvaient pas être légitimés tandis que les enfants nés du concubinat pouvaient l'être.

Faut-il en conclure que la loi 11, édictée spécialement pour l'enfant né du concubinage, doit être restreinte

(12) Ulpien, L. 12, D. de Stat. homin., I, 5. Paul, D., 3, §§ 11 et 12, D. de suis et leg. XXVIII, 16.

(13) L. 11 C. *de naturalibus liberis*.

(14) Novelle, 89, chap. 6.

à ce cas, qu'en particulier l'enfant conçu dans l'inceste ou l'adultère ne sera pas légitime par le fait de la naissance en mariage ?

La réponse dépend du parti que l'on adopte relativement à cet enfant né au début du mariage. Est-il légitime d'origine en raison uniquement de sa naissance, peu importe qu'il ait été conçu dans l'inceste ou l'adultère ? N'est-il au contraire que légitimé, alors la loi 11 exclut de son domaine les enfants incestueux ou adultérins car, à Rome, pour que la légitimation ait lieu, il faut que le mariage ait été possible entre les parents au moment de la conception.

La solution est délicate. D'une part, le cas prévu est bien précisé : c'est celui de l'enfant conçu en concubinage. En principe, un texte de loi, relatif à une hypothèse particulière, ne peut pas être étendu à d'autres hypothèses plus ou moins semblables. On ne peut en tirer que des arguments d'analogie. En l'espèce cependant, les termes employés par le législateur dans sa conclusion, sont si généraux qu'il apparaît bien que c'est une règle de principe qu'il a voulu poser. D'après JUSTINIEN, lorsqu'il s'agit de ces questions de légitimité, le temps de la naissance est toujours à considérer : « *ut semper in hujusmodi quæstionibus quibus de statu liberorum est disputatio non conceptionis sed tempus partus inspicitur* » mais il ajoute : Si ce n'est qu'il soit plus avantageux pour l'enfant de s'arrêter au moment de sa conception.

Les termes de la loi 11 nous apparaissent décisifs. N'a-t-on pas raison d'y voir une maxime d'une portée générale ?

On s'en convainc lorsqu'on rapproche la loi 11 d'autres textes émanant de JUSTINIEN (15). Il est un principe

(15) L. 7 D. de statu hominum.

tiré de la loi 7 au Digeste, *de statu hominum*, qui a passé dans notre droit moderne sous la forme de l'adage : « *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* ». Ainsi que le fait remarquer M. GENESTAL (16), ne peut-on pas en conclure par un assez large *a contrario* que l'on doit décider de l'état de l'enfant d'après la date de sa naissance quand il n'a pas intérêt à ce que l'on envisage la date de sa conception ?

Enfin, lorsque JUSTINIEN a eu à déterminer à d'autres points de vue le moment auquel se fixe la condition d'un enfant, il s'est arrêté aussi bien au temps de la naissance qu'à celui de la conception.

Un intérêt primordial s'attachait en droit romain au point de savoir si un enfant était né libre ou esclave. La loi 5 (17) au Digeste (titre de *Statu hominum*, 1, 5), donne la solution suivante : Il suffit, pour qu'un enfant soit de condition ingénue, que sa mère ait été libre au temps de sa naissance, quoiqu'elle eût été esclave à l'époque de sa conception et vice-versa. Il suffit même que la mère ait été libre à un moment quelconque entre la conception et la naissance. Pour déterminer l'état de l'enfant, le législateur romain prend donc en considération l'époque qui lui est la plus favorable, que ce soit celle de la conception, de la gestation ou de la naissance. La condition d'un enfant n'est-elle pas un état très complexe qui, à des degrés divers, peut se rattacher à l'une

(16) Génestal, *Histoire de la Légitimation des enfants naturels en droit canonique*, p. 160.

(17) L. 5. D. de *Statu hominum*, I, 5 :

« *Ingenui sunt qui ex Matri libera nati sunt. Sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit, et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci (nec interest justis nuptiis concepit an vulgo) quia non debet Calamitas matris nocere ei qui in ventri est. Ex hoc quaesitum est, si ancilla pragnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate pepererit liberum an servum pariat, et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventri est liberam matrem vel medio tempore habuisse, »*

ou à l'autre de ces périodes ? En édictant ce texte, JUSTINIEN a voulu, de toute évidence, élargir le cercle des personnes « ingénues » ; il a légiféré en s'appuyant sur des motifs d'ordre social. Le statut juridique d'un enfant repose essentiellement sur des considérations de ce genre : l'étude de la jurisprudence moderne et, en particulier, de l'arrêt DEGAS, nous en fournira la meilleure preuve.

Quoi qu'il en soit, nous voyons que cette législation justinienne forme un tout. Dans le dernier état du droit à Rome, on en est, semble-t-il, arrivé à peu près à dégager cette règle : c'est le mariage qui confère la légitimité. La naissance, et même probablement la gestation en mariage, suffisent à rendre l'enfant légitime.

Cette règle a eu la conséquence suivante :

Par faveur pour l'union régulière de l'homme et de la femme, le droit du Bas-Empire non seulement attribue au mariage l'effet de faire légitimes les enfants qui en sont nés, mais encore de rendre légitimes les enfants naturels nés auparavant (18). Ce sont les empereurs chrétiens qui créèrent cette « légitimation par mariage subséquent » (19). Offert d'abord par CONSTANTIN et ZÉNON comme avantage momentané, ce moyen ne fut consacré comme institution régulière que par ANASTASE et JUSTINIEN (L. 10 et 11, C. de Nat. lib., V, 27). C'est bien là une source de légitimité, car la légitimation produit des effets complets ; l'enfant entre comme agnat dans la famille civile du père (nov. 89, c. 8). Mais, sous les lois romaines, la légitimation par mariage subséquent ne s'applique qu'aux enfants nés du concubinage ; elle ne

(18) Corbett, *The Roman Law of marriage*. Oxford, 1930.

(19) Ch. Lefebvre, *Cours de Doctorat sur l'Histoire du Droit matrimonial français*. Paris, 1906, 10^e cours, p. 249 et suiv.

peut avoir lieu en effet que si le mariage était possible lors de la conception.

Si le mariage avait été impossible au moment de la conception mais possible au moment de la naissance, les deux époux se trouvant alors libres, la légitimation pourrait-elle avoir lieu ? A notre connaissance, la question n'a pas été tranchée par le droit romain qui n'envisage toujours que la possibilité du mariage au moment de la conception.

Si l'on admet, comme semble l'indiquer la conclusion très générale de la loi 11 C, que l'enfant conçu dans l'inceste ou l'adultère, mais né en mariage, est légitime, il faut admettre aussi qu'un enfant peut être légitimé pourvu que ses parents aient été libres au moment de la naissance quoiqu'ils ne le fussent pas au moment de la conception. Les deux solutions sont intimement liées l'une à l'autre. Sinon, ce serait faire une ligne de démarcation absolument arbitraire entre l'enfant né et l'enfant simplement conçu avant le mariage. De ces enfants, tous deux issus adultérins, l'un ne pourrait jamais acquérir la légitimité ; l'autre le pourrait très facilement grâce au bénéfice de la loi 11 C. : « ainsi, bâtardise en deçà du mariage, légitimité au delà !, telle serait l'alternative imposée à l'enfant conçu dans l'adultère, suivant les hasards de la gestation et de l'accouchement, suivant qu'il viendrait à naître la veille ou le lendemain de la célébration du mariage » (20).

Mais la théorie de la légitimation par mariage subséquent, apparue à Rome très tardivement, n'est restée même dans le droit de JUSTINIEN qu'à l'état d'ébauche (21).

(20) Conclusions de M. le Premier Avocat Général de la Prandière, sous Lyon, 6 avril 1870, *D. P.*, 1870-2-227.

(21) V. Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, p. 189.

SECTION II

DROIT CANON

L'existence du mariage à un moment quelconque de la formation de l'enfant : source de légitimité.

Théorie de la Légitimation par mariage subséquent.

§ 1. — DOCTRINE ADMISE PAR LA MAJORITÉ DES CANONISTES.

DE LA FORCE DU MARIAGE.

SES EFFETS SUR LA CONDITION DE L'ENFANT.

En droit canon, comme en droit romain, est légitime tout enfant conçu et né, ou même qui n'est que conçu en légitime mariage (Glose sur C. II, X, *qui filii sint legitimi*, IV, 17, *verbo concepti* : « *Sic ergo tempus conceptionis spectandum est eum de commodo alicujus spectatur* » : Panormitanus *ibid.* « *Nota maxima juncta glossa, quod, ubi agitur de favore filiorum, concepti habentur pro natis ; sicut ubi agitur de odio* ».

Mais la naissance en mariage constitue également une source de légitimité. Il n'est point douteux, écrit ESMEIN (22), que l'on doive regarder comme légitime l'enfant né pendant le mariage, quoique conçu auparavant. ESMEIN cite à ce propos un texte de PANORMITANUS sur C. XII, X, *qui filii*, IV, 17 : « *Nota quod natus ex sponsa de futuro est legitimus licet matrimonium aliter non fuerit publicatum, quod videtur procedere impedimento matrimonii non probato* ». Le cas envisagé par PANORMITANUS n'est pas absolument concluant ; dans cette hypothèse, l'enfant avait été conçu en légitime mariage (le mariage résultant de la *copula* jointe aux

(22) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2^e édit. mise à jour par R. Génestal et Jean Dauvillier. Sirey, 1935, t. 2, p. 29.

fiançailles). Bien que la règle ne fut pas formulée en termes explicites, était légitime tout enfant né en légitime mariage. Les canonistes prennent souvent en considération la date de la naissance : « *Frequentissimum quidem est, aetatis annos a nativitate, non a conceptione connumerari* », dit COVARRUVIAS, résumant la question.

« Pour prouver sa filiation légitime, il faut donc qu'un enfant établisse :

1° qu'il a pour mère telle femme et pour père tel homme ;

2° que ces deux personnes étaient unies en légitime mariage lors de sa conception ou de sa naissance » (23).

Ce n'est d'ailleurs que la règle admise par le droit canonique classique et reprise par le Canon 1114 du « *Codex juris Canonici* » :

« *Legitimi sunt filii concepti aut nati ex matrimonio valido vel putativo nisi parentibus ab sollemnem professionem religiosam vel susceptum ordinem sacrum prohibitus tempore conceptionis fuiret usus matrimonii antea contracti* ».

Sans doute, à notre connaissance, les canonistes ne se sont pas prononcés sur la question de savoir si l'enfant dont, seule, une partie de la gestation a lieu en légitime mariage, est un enfant légitime. Cependant, une réponse affirmative s'impose parce que, dans des domaines connexes, en particulier, dans celui de la légitimation, ils se sont attachés également à l'époque de la gestation.

Les canonistes ont étudié d'une façon très complète la théorie de la légitimation par mariage subséquent.

(23) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, op. cit.

Suffit-il que le mariage ait été possible au moment de la naissance de l'enfant pour qu'ait lieu la légitimation ?

Cette question donna lieu à une célèbre controverse entre les Canonistes, dès le XII^e siècle, époque à laquelle la légitimation renaît d'elle-même avec toute la législation de JUSTINIEN sous l'effort des Romanistes.

Certains canonistes s'en tiennent à la conception logique et rigoureuse : possibilité du mariage entre les concubins au moment de la conception. Les principaux d'entre eux sont : Antoine DE ROSSELIS, de *Legitimat*io, col. 8, § 9 ; SALICETTI, in *l. filium*, C. de suis, legit. hereditib. ; SARMIENTUS, *Liber select. interpr.*, Cap. 5. Ils invoquent des textes d'ailleurs étrangers à notre matière. En voici un rapporté par M. GÉNESTAL (24) : « Par exemple, le mariage sans consentement des parents étant nul en droit romain, un tel mariage ne deviendra valable que du jour de la mort des parents dont le consentement était nécessaire. Par suite, l'enfant conçu avant le moment où le mariage est devenu valable et né après ce moment sera considéré comme illégitime (L. II, *De statu hominum*, I, V). Donc, ce qui décide de l'état d'un enfant, c'est la date de la conception et non celle de la naissance. »

Mais la majorité des canonistes se prononce en sens contraire : il suffit d'après eux que le mariage ait été possible au moment de la naissance.

HOSTIENSIS (25), JOHANNES ANDREÆ (26), ANTONIUS

(24) GÉNESTAL, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*. Paris, 1905 (Bib. de l'Ecole des Hautes Etudes), page 160.

(25) Hostiensis : son opinion est -apportée par Covarruvias.

(26) Johannes Andreæ : Son opinion est également rapportée par Covarruvias.

DE BUTRIO (27), SANCHEZ (28), MOLINA (29), COVARRUVIAS (30), PONTIUS (31) sont de cette opinion, ainsi que de nombreux autres docteurs. Ils invoquent comme argumentation la législation justinienne (L. 5, *D. de Statu hominum*. L. 7, *D. de Statu hominum*. L. 11, *C. de naturalibus liberis et novelle* 89). Telle est l'opinion la plus communément admise par les docteurs ; en cas de doute, nous les trouvons toujours du côté de la solution favorable à la légitimation. C'est ce que résume REIFENSTUEL (32), canoniste du XVII^e siècle : « *Quia in dubio est præsumptio pro favore prolis* ».

Par faveur pour cette légitimation, PONTIUS est même d'avis qu'il suffit que les parents aient été habiles à contracter mariage à un moment quelconque entre la conception et la naissance.

Et cette disposition a été reprise par le « Codex juris canonici », au Canon 1116 :

« *Per subsequens parentum matrimonium... legitima efficitur proles, dummodo parentes habiles exstiterint ad matrimonium inter se contrahendum tempore conceptionis, vel prægnationis, vel nativitatis* ».

Ainsi, en droit canon, selon l'intérêt de l'enfant, on retient le moment de la conception, celui de la gestation ou celui de la naissance. Que les parents aient été libres à l'une quelconque de ces époques et l'enfant deviendra légitime grâce au mariage subséquent.

(27) Ant de Butrio, l. 6, n. 3.

(28) Thomas Sanchez, lib. 8, matr. disp. 7, n. 19 et disp. 34, n° 47.

(29) Molina, Tom. 1, *De justitia*, tract. 2, disp. 178, num. 4.

(30) Covarruvias, *De Matrimonio*, Pars. II, Cap. VIII, § II. « *De illegitimis et eorum legitimatione.* »

(31) Pontius, *De Sacramento Matrimonii tractatus*, lib. 11, cap. 3, nu. 2.

(32) Reifenstuel, *Jus canonicum universum*, Tomus quartus, Lib. IV, Decretal, Tit. XVII.

Donc, beaucoup plus encore qu'à l'époque du Bas-Empire romain, c'est le mariage qui apparaît le fondement même de toute légitimité. Les canonistes manifestent une faveur très grande à son égard : ne sert-il pas de remède nécessaire à la concupiscence ? La théorie canoniste de la légitimité repose sur la notion de mariage *sacrement* et c'est de ce caractère très important que vont découler toutes les conséquences juridiques ayant trait à ce sujet.

Le mariage est d'institution divine : le CHRIST a dit dans l'Evangile en parlant des Epoux « et ils deviendront tous les deux une seule chair ». Ainsi fut établie l'unité du mariage. Et de ce premier caractère s'en rapproche un autre : celui de l'indissolubilité. Saint PAUL a révélé le profond symbolisme du mariage qui représente l'union du CHRIST avec l'humanité et l'Eglise. C'est pourquoi il est un Sacrement, c'est-à-dire un acte producteur de grâces pour les deux époux. De même que l'union du Christ et de l'Eglise, le mariage est indissoluble. Dans la doctrine des Pères de l'Eglise, le mariage, acte exclusivement religieux, a donc une force considérable en raison de laquelle non seulement il fait légitimes les enfants nés du mariage, mais encore il rend légitimes les enfants naturels nés auparavant (33).

Le mariage existe-t-il entre les parents à une époque quelconque depuis et y compris le premier jour de la conception jusqu'au jour de la naissance inclusivement, l'enfant est légitime.

Le mariage n'intervient-il que postérieurement à la naissance ; peu importe, l'enfant sera encore légitime.

(33) Sur les caractères du mariage en droit canon, v. notamment : *Dictionnaire de théologie catholique* au mot « Mariage », l'article de M. Le Bras.

V. également la *Real Encyclopædie* de Pauly-Wissowa, au mot « Matrimonium » ; le *Dictionnaire de droit canonique*, par Durand de Maillane, T. II, p. 180.

Ce deuxième cas est visé par le texte même de la décrétale d'ALEXANDRE III, c. 6 X, *qui filii sint legitimi*, IV, 17 :

« *Tanta est vis matrimonii (sacramenti) ut qui autea
« sunt geniti (generati) post contractum matrimonium
« legitimi habeantur* ».

Telle est la légitimation par mariage subséquent qui, en droit canon, a les effets les plus complets ; les docteurs sont unanimes à considérer que l'enfant qui bénéficie de la légitimation est assimilé en tous points à l'enfant légitime. Dans notre droit moderne français, la légitimation est une faveur par laquelle la qualité d'enfant légitime est fictivement conférée à un enfant né avant le mariage. Il en est tout autrement en droit canon. La légitimation de l'enfant est une réalité. Il ne s'agit pas uniquement d'un simple bienfait de la loi. Notre droit a établi des distinctions entre la légitimité et la légitimation que ne connaissaient pas les canonistes. D'après ces derniers, le mariage subséquent a les mêmes effets que le mariage intervenu avant la conception ou la naissance de l'enfant. Que le mariage ait lieu antérieurement ou postérieurement à la naissance, l'enfant est toujours légitime de la même façon : « *Legitimus per matrimonium subsequens vere non fecte legitimus est* », telle est, d'après COVARRUVIAS, la « *communis opinio* ». Certains canonistes, poussant la thèse à l'extrême, en ont conclu que le mariage subséquent ne devait pas être considéré comme un mode de légitimation, mais comme une source de légitimité. C'est ANT. DE BUTRIO C. 6 n. 3 qui s'exprime ainsi : « *Nota quod legitimatio quae surgit ex contractu matrimonii post natiuitatem prolis, non est vera legitimatio, sed habetur talis pro legitimo* ». Il est bien vrai qu'après le mariage, l'enfant légitimé n'est point « *legitimus* », mais « *legitimus* ». Pas de différence entre lui

et les enfants nés du mariage ; les mêmes textes s'appliquent ; en ce sens, les remarques précédentes sont parfaitement justifiées.

Peut-on cependant admettre, avec Ant. DE BUTRIO, que le mariage subséquent est une source de légitimité ? La conséquence à laquelle a été conduit cet éminent docteur est peut-être logique, mais elle nous paraît au moins hasardeuse. Si le mariage subséquent rend légitimes les enfants naturels nés auparavant, c'est sans doute en raison de son caractère de sacrement, mais c'est aussi en raison d'une fiction qui suppose le mariage antérieur à la naissance. Quoique célébré postérieurement, on considère le mariage comme ayant virtuellement existé avant la naissance. Voici les mots significatifs dont se sert SANCHEZ pour exprimer en quelque sorte ce « retour en arrière » du mariage : « *figitur retrotrahi ac si a principio conceptionis contractum fuisset* ». La loi présume *ab initio* « *affectionem maritalem* », pour employer les expressions dont se servira plus tard le chancelier d'AGUESSEAU. L'union que les parties ont eue ensemble avant le mariage est, peut-on dire, l'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté.

Cette légitimation est subordonnée à une fiction qui reporte le mariage à une date antérieure. Dans certains cas, cette fiction ne peut pas jouer, car elle irait à l'encontre de la réalité. C'est ainsi que si les parents n'ont pas été habiles à contracter mariage à l'un quelconque des trois moments (conception, gestation, naissance), la légitimation ne peut pas avoir lieu. Il est impossible, par exemple, de faire rétroagir le mariage subséquent à une époque où l'un des deux parents était déjà engagé dans les liens d'un autre mariage ; donc l'enfant adultérin ne peut pas être légitimé.

Tout ceci nous prouve que le mariage subséquent n'est pas, indépendamment de toute autre condition, créateur de légitimité.

Seul, en réalité, le mariage conclu au plus tard le jour de la naissance, peut produire la légitimité. En l'espèce, le mariage est censé être intervenu dans les limites de cette période, et depuis le jour de la conception si rien ne s'y oppose ; mais, comme ce n'est là qu'une fiction, l'enfant ne sera, lui aussi, que *fictivement* légitime, tout au moins jusqu'au jour où sera formé un mariage valable. A cette date, l'union des deux époux va être consacrée officiellement, régularisée ; ils vont être liés par un véritable mariage. Et celui-ci produira des effets réels ; l'enfant, de « *ficte legitimus* » qu'il était jusqu'alors, devient « *vere legitimus* ». C'est en cela que l'opinion d'Ant. DE BUTRIO présente une part de vérité : le mariage subséquent n'apparaît-il pas un peu comme générateur de légitimité puisque, d'une fiction qu'il était antérieurement, l'état de l'enfant devient une réalité ? N'est-ce pas là un effet du sacrement de mariage ?

Faisant reposer la légitimation à la fois sur une fiction et sur le caractère sacramentel du mariage, la théorie canonique de la légitimation est complexe. Il nous apparaît cependant qu'elle peut se résumer ainsi :

En principe, la légitimité est la conséquence du mariage des parents intervenu soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, soit à l'époque intermédiaire.

A pareille époque, le mariage peut avoir été conclu réellement, mais il peut aussi n'exister qu'à l'état de fiction en raison de la faveur faite aux enfants. Dans les deux cas, les enfants nés du mariage seront légitimes, mais, dans le second, ils ne le seront que *fictivement*.

Le mariage postérieur des parents ne devrait, d'après cette règle, avoir aucun effet sur l'état de l'enfant né auparavant. Il n'en est pas ainsi ; à cause de la puissance attribuée au sacrement, le mariage subséquent transforme les enfants de « *ficte legitimi* » en « *vere legitimi* ».

§ 2. — LES CONSÉQUENCES DE CETTE DOCTRINE
RÉTROACTIVITÉ DE LA LÉGITIMITÉ ET DE LA LÉGITIMATION

Quoi qu'il en soit, il est évident que la légitimation a un effet rétroactif ; l'enfant est considéré comme légitime avant qu'ait lieu le mariage de ses parents. La question cependant est délicate au cas où les droits de l'enfant viennent en concours avec ceux des tiers. COVARRUVIAS la pose en ces termes : « *Legitimatio an retrotrahatur in prejudicium alicujus* ».

L'espèce qui s'est présentée aux canonistes est la suivante : dans le temps intermédiaire entre la conception ou la naissance de l'enfant et le mariage qui l'a légitimé, l'une des parties, le père par exemple, contracte un premier mariage avec une autre femme, après la mort de laquelle il épouse en secondes noces la mère de l'enfant qui bénéficie ainsi de la légitimation. L'enfant légitimé jouira-t-il du droit d'aînesse vis-à-vis de l'enfant né du mariage intervenu à l'époque intermédiaire ?

COVARRUVIAS (34) fait un consciencieux exposé de la controverse classique. Il développe d'abord la thèse des canonistes qui refusent de faire rétroagir la légitimité dans ce cas. Au moment de sa naissance, disent ceux-ci, l'enfant, légitimé par la suite, n'avait pas de droit véri-

(34) Covarruvias, *De Matrimonio*, Pars. II, Cap. VIII, § II, § Secundus *De illegitimis et eorum legitimatione*, n° 35.

table — « ...*nato statim jus fuit acquittum probabili spe* ». D'autre part, si grâce au mariage subséquent, il est devenu légitime dès le moment de sa naissance, ce n'est que par une fiction de droit. Il serait donc injuste vis-à-vis des tiers d'admettre la rétroactivité.

Mais COVARRUVIAS répond à ces arguments: « *Verum « haec non adeo convincunt quin negare praefatam opinionem possimus quia argumentum de fictione in praedictum judicium alterius minime admittenda, tunc loci non habet, quando jus alteri spe tantum acquisitum « tolletur... »*

§ 3. — APPRÉCIATION D'ENSEMBLE SUR LA THÉORIE DES CANONISTES

Nous avons découvert l'unité profonde de la doctrine canoniste qui repose à peu près exclusivement sur la puissance du mariage.

A lui seul, sans qu'il soit besoin, comme en droit romain ou en droit français, du consentement de l'enfant ou de reconnaissance de paternité par ses parents, il va jusqu'à rendre légitimes les enfants nés auparavant. Et cette force est telle que la légitimité rétroagit même antérieurement au mariage.

Que nous sommes loin du lien relâché qu'est l'institution du mariage moderne ! Bien entendu, le divorce est inconnu en droit canon ; l'indissolubilité du mariage en est un élément essentiel et est une conséquence de son caractère de sacrement. C'est cette dernière notion qui a entraîné toutes les conséquences juridiques relatives à la légitimité et qui est à la base de toute la doctrine des Canonistes.

Reposant sur un fondement aussi stable, cette doctrine est remarquable par la logique de sa construction

et l'harmonie de ses vues. Les canonistes nous enseignent que légitimation et légitimité sont deux notions essentiellement connexes ; que l'on ne peut modifier l'une sans modifier également l'autre. La leçon est profitable. Nous verrons ainsi qu'étant donnée la jurisprudence admise depuis 1930 par la Cour de Cassation Française au sujet de la légitimité, tous nos textes sur la légitimation sont à refaire.

D'autre part, en raison de l'indissolubilité du lien conjugal, il ne se présentait que rarement en droit canon ces cas évoqués si fréquemment devant nos tribunaux où un enfant peut se rattacher à plusieurs pères ou mères, légitimes ou non. Le divorce a rendu inextricable la situation de certains enfants.

En droit canon, le principe est plus simple puisque le mariage ne se dissout que par la mort. Sans doute, les secondes nous sont permises, mais la « confusion de parts » était peu à craindre.

Ne peut-on pas cependant objecter à la théorie canoniste qu'elle était immorale et dangereuse ? Il suffit que les parents aient été libres au moment de la naissance de l'enfant pour que celui-ci puisse jouir de la légitimation. L'époux coupable d'infidélité ne va-t-il pas avoir intérêt à la dissolution de son mariage si un enfant doit naître de ses relations adultères ? Peut-être pourra-t-il contracter un second mariage avant la naissance de l'enfant ; de toute façon, l'enfant pourra être légitimé s'il naît postérieurement à la dissolution de l'union conjugale. Le danger était certain ; on pouvait craindre un crime de la part de l'époux adultère.

C'est pourquoi, pour le prévenir, le droit canon édicta des empêchements dirimants au mariage dans les deux cas suivants ;

Premier cas : celui où un époux adultère « machine » la mort de son conjoint afin de se rendre libre.

Deuxième cas : celui où l'époux adultère a donné à son complice ou reçu de lui une promesse jurée de mariage, *fides data*, dont l'effet, bien entendu, ne pourrait se produire que s'il devenait libre par la mort de son conjoint.

Comme mesure préventive, ou comme peine, on déclare dans les deux cas les coupables d'adultère à jamais incapables de s'unir en légitime mariage, alors même que la nature seule aurait amené la mort du conjoint.

La doctrine enseignée par les Pères de l'Eglise nous apparaît inspirée par une morale très élevée; elle a pour base cette idée de l'apôtre saint PAUL : pour ne pas tomber dans la fornication, il faut entrer dans le mariage. Et si la violence des passions a été trop grande, si l'homme et la femme n'ont pas su y résister, il y a un moyen de réparer la faute première : c'est de contracter mariage. Le mariage lave la souillure qui résulte de la conjonction illicite ; il purifie l'union primitivement irrégulière. Si la faute a existé, il est possible de la racheter : voilà toute l'idée du christianisme. Le sacrement du mariage, producteur de grâces, permet ce rachat.

SECTION III

ANCIEN DROIT: RETOUR A LA THESE:

LA CONCEPTION EN MARIAGE

SOURCE UNIQUE DE LÉGITIMITÉ

Cette magistrale théorie construite par les canonistes va se heurter à de très sérieuses résistances de la part des auteurs de l'ancien droit. L'évolution accomplie à

cette époque s'est produite en sens inverse de celle réalisée depuis le droit romain jusqu'à l'élaboration de la doctrine des canonistes.

Partis de cette doctrine, les auteurs de l'ancien droit veulent revenir au principe qui fait de la conception l'unique source de légitimité.

Peut-être faut-il y voir en partie la conséquence de l'évolution des idées relativement au mariage. En droit canon, le mariage était un contrat-sacrement ; toutes les tendances de l'Ancien Régime, depuis le Concile de Trente jusqu'à la Révolution, feront obstacle à cette théorie du mariage acte religieux. Les juristes laïcisants dissocieront le contrat du sacrement. Le sacrement devient, pour ces auteurs, un élément surajouté au contrat, mais qui ne lui est pas indispensable. Une ordonnance royale de 1787 créera même un mariage civil : celui des protestants.

Sans doute, ce n'est que la Révolution qui conduira à leur aboutissement toutes ces tendances : le mariage est devenu un contrat, pouvant donc se dissoudre par le simple accord de volontés des parties (divorce par consentement mutuel). Il n'en est pas moins vrai que ces idées ont pris naissance et ont été élaborées sous l'Ancien Régime ; elles ont affaibli peu à peu le mariage qui va perdre sa force primitive. Ce qui le prouve mieux que toute autre considération, c'est le besoin qu'a eu l'ancien Droit d'entourer le mariage de conditions de validité autrefois inutiles : présence du curé et de témoins, exigence du consentement des parents.

La controverse classique au sujet de la légitimation des enfants adultérins a cependant été reprise par tous nos anciens auteurs. MERLIN, dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, paru en 1828, la résume ainsi : Un enfant naturel est-il censé adultérin

et, en cette qualité, incapable de légitimation par mariage subséquent quand son père et sa mère, dont l'un était marié à un autre au moment de la conception se trouvent tous deux libres au moment de la naissance ?

L'enfant n'est pas adultérin, disaient les canonistes. Une minorité d'auteurs a repris cette opinion ; ce sont CHARONDAS, LEBRUN et ROUSSEAUD DE LACOMBE (35).

Au XVII^e siècle, CHARONDAS LE CARON écrivait : « Je
« ne m'arrête aux diverses opinions des Docteurs pour
« les ressusciter et réfuter ; je dirai seulement la mienne
« qui convient regarder au temps de la naissance qui
« fait connaître s'il y a enfant... Je ne sais si cette ques-
« tion a été décidée par arrêt, mais j'estime que l'équité
« doit être pour l'enfant ». Et plus loin, il ajoute : « Le
« mariage confère le nom et la dignité de la famille et
« efface la tache que l'amour volage y pourrait avoir
« marqué ».

LEBRUN (36) est beaucoup plus explicite sur la question : « ...quand les circonstances changent entre la
« conception et la naissance, pour répondre en faveur
« des enfants, l'on a égard au temps qui leur est le plus
« avantageux ; et sur ce fondement, quelquefois, l'on
« considère le temps de la conception, sans avoir égard
« à celui de la naissance ; quelquefois, on a égard au
« temps de sa naissance sans considérer celui de la
« conception. Souvent aussi, l'on s'attache au temps
« intermédiaire entre la conception et la naissance :
« c'est la disposition de la loi 5, paragraphe 2 et des lois
« 18 et 19, de *statu hominum* ». En conséquence, il n'est

(35) Charondas le Caron, *Traité du Second Livre des Pandectes ou Digestes du Droit français*. Paris, Etienne Richer, 1637. *Des enfants légitimes et légitimés*, Ch. VI, p. 201 et s.

(36) Lebrun, *Des Successions* (1775), Liv. I, ch. 2, sect. 1, p. 25, n° 8.

pas nécessaire, pour la légitimation par mariage subséquent, que les père et mère aient pu se marier lors de leur habitude ; il suffit qu'ils l'aient pu au temps de la naissance ou au temps intermédiaire entre la conception et la naissance.

D'autre part, comme les Canonistes, LEBRUN admet l'effet rétroactif de la légitimation et il en tire, en particulier, toutes les conséquences relatives au droit d'aînesse de l'enfant légitimé.

Guy DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (37), n'est pas moins catégorique : « Pour cette légitimation (par mariage « subséquent), il suffit que le mariage eût pu se faire au « temps de la conception de l'enfant, de sa naissance, ou « intermédiaire, parce que l'on doit considérer le temps « qui lui est le plus avantageux. » Ainsi, même à la veille de la Révolution, la doctrine canoniste est encore suivie par un auteur aussi important que LEBRUN.

Cependant, la majorité de la doctrine est en sens contraire (COQUILLE, question 28 ; BACQUET, ch. XI, n° 3, FURGOLE, ch. 6, sect. 2, n° 181, ESPIARD sur LEBRUN : *Des successions*, ARGOU : *Institution au Droit français*, L. 2, chap. 10 ; POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Partie V, chap. II, § 417) et une foule d'autres auteurs. « Les raisons sont, dit FURGOLE, que par une fiction de droit introduite en faveur des enfants, on regarde le père et la mère comme s'ils étaient mariés ensemble, lorsque les enfants ont été conçus, laquelle présomption ne peut avoir lieu quand l'un d'eux est marié à un autre ; que la tache est contractée par la conception et non par la naissance ; que cette tache est imprimée à l'enfant au

(37) *Recueil de Jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier*, par ordre alphabétique, 4^e éd., par M^e Guy du Rousseaud de Lacombe, avocat au Parlement. Paris, Dessaint, 1769. V^o Légitimation, p. 377.

moment où il est conçu, qu'elle ne peut point être effacée par sa naissance parce qu'elle ne diminue point la faute et ne fait point que la conjonction ne soit également réprouvée et que le mariage subséquent ne peut point ni la laver, ni la purifier. Qu'ainsi la femme ayant conçu d'un adultère, son fruit demeure toujours adultérin, quoique l'adultère devienne libre dans l'intervalle de la conception et de la naissance. » Telle est, sous l'ancien Régime, l'opinion qui était communément admise chez les auteurs : la capacité d'être légitimé par mariage subséquent dépend de la qualité du commerce auquel l'enfant doit le jour. Si ce commerce a été adultérin, la suite des temps ne peut pas le rendre licite parce que ce n'est ni la grossesse, ni la naissance, mais la conception qui constitue le « crime ». Dès que celui-ci est consommé, il n'est plus susceptible de changement.

Dans quel sens se prononce la jurisprudence ? Quelques anciens arrêts s'arrêtent au fait de la naissance en mariage.

BONIFACE (38) (T. I, part. 1, livre 5, tit. 4, chap. 2, p. 322 et s.) nous rapporte un arrêt du Parlement de Provence donné au mois de janvier 1654, entre Damoiselle Suzanne DE PONCET et César DE VALLAVOIRE, mère et fils, d'une part ; et François-Blaise DE VALLAVOIRE, sieur DU CHAFFAUT, son frère consanguin, d'autre part. César DE VALLAVOIRE, conçu avant le deuxième mariage de son père mais venu au monde après qu'il eût été contracté, prétendait jouir des avantages des enfants légitimes et, en particulier, recueillir la succession de son père qui l'avait institué héritier par testament. La solution ne présentait pas de difficulté : le premier mariage était

(38) Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence, Cour des Comptes, Aydes et Finances du même pays. Recueillis par Noble Hyacinthe Boniface. Lyon, 1708.

en effet dissous lors de la conception de César DE VALLA-VOIRE ; aucun empêchement ne s'opposait à la légitimation par mariage subséquent. Le Parlement de Provence déclara donc César DE VALLAVOIRE légitime et la succession lui fut adjugée. Il est tout de même intéressant de se reporter à l'argumentation fournie par César DE VALLAVOIRE. Il disait « qu'il était légitimé par le mariage subséquent car, bien que, lors de sa conception, le mariage ni les épousailles ne fussent point célébrées en face de la Sainte Eglise, néanmoins il naquit après les épousailles et la célébration du mariage, *étant certain dans le Droit, qu'on ne s'attache jamais à la conception pour juger de l'état d'une personne mais seulement à la naissance qui est certaine et qui détermine nos conditions et règle nos bonnes et mauvaises fortunes.* » Et il invoquait ensuite les textes de Droit Romain qui lui étaient favorables : (L. 11, C. de naturalibus liberis; L. 5, D. de Statu hominum).

Il y a dans cette argumentation une idée à retenir : c'est au moment de la naissance, soutenait celui qui prétendait à la légitimité, que se détermine la condition de l'enfant (et c'est d'ailleurs la pensée que nous avons trouvé exprimée chez CHARONDAS LE CARON). Si l'on s'attache uniquement au fait de la naissance, n'est-il pas logique de conclure que l'enfant conçu dans le mariage mais né après la dissolution du mariage est un enfant naturel et non un enfant légitime ? Son état ne sera fixé, en effet, qu'après la rupture de l'union conjugale. Telle paraît être une des idées qu'on trouve parfois plus ou moins explicitement exposée chez de très anciens auteurs et qui trouve un appui assez sérieux dans la L. 5 D. de Statu hominum.

Ce n'est là, cependant, qu'une opinion dissidente car l'Ancien Droit a presque toujours considéré que, si par-

fois, l'on pouvait s'attacher à la date de la naissance, il fallait s'attacher aussi à la date de la conception. La règle : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » est en vigueur. Et la jurisprudence de l'Ancien Droit s'y conforme.

Il convient notamment de citer un arrêt du 3 février 1661 rendu en la Grand'Chambre du Parlement de Paris sous la présidence de M. DE LAMOIGNON, Premier Président ; l'espèce est rapportée au *Journal des Audiences du Parlement* (T. 2, Liv. I, ch. 4, p. 3).

Une femme accouche d'une fille 8 mois 28 jours après la mort de son mari ; d'autre part, dans les deux mois précédant son décès, le mari avait été porté à l'Hôtel-Dieu comme malade. Dans ces conditions le mari ne pouvait être en fait le père de l'enfant, quoique la présomption lui attribuât la paternité. Puis, après la naissance, la femme se remaria et les deux nouveaux époux déclarèrent par leur contrat de mariage que l'enfant leur appartenait. Cet enfant pouvait-il être légitimé par cette seconde union ? Le Parlement répondit négativement car l'enfant avait été conçu dans l'adultère, alors que sa mère était engagée dans les liens d'un précédent mariage et c'est à la date de la conception qu'il faut se reporter.

La jurisprudence de ce Parlement est bien établie ; deux autres arrêts se sont prononcés dans le même sens : l'un du 18 mars 1656 rapporté au *Journal des Audiences* (t. 2, liv. 8, chap. 6) ; l'autre du 4 juin 1697, rapporté par AUGÉARD. Cette dernière espèce était même plus favorable en fait pour l'enfant, mais la solution donnée fut la même. Voici les termes dont se sert POTHIER (39) pour résumer l'affaire : « Cette question s'est présentée

(39) Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, Partie V, Chap. II.

à l'Audience de la Grand' Chambre dans la cause d'une fille de TIBÉRIO-FIORELLI, connue sous le nom de SCARAMOUCHE, née du commerce que ce FIORELLI, du vivant de sa première femme, avait eu avec une nommée Marie DUVAL, qui ignorait, comme tout le monde, qu'il fût marié ; cette fille ayant prétendu avoir été légitimée par le mariage légitime que FIORELLI avait depuis et après la mort de sa première femme, contracté avec ladite Marie DUVAL, elle fut déboutée de sa prétention par Arrêt du 4 juin 1697, sur les conclusions de M. d'AGUESSEAU. La question est traitée à fond dans son plaidoyer qui est le quarante-septième au quatrième tome de ses *Œuvres*. »

MERLIN cite également plusieurs arrêts rendus dans une même affaire :

M. MASSON DE MAISONROUGE était marié à une demoiselle D..., qui décéda le 10 décembre 1751 ; amant d'une actrice célèbre de l'Opéra, il se maria avec elle le 4 février 1752, c'est-à-dire deux mois à peine après la mort de sa première femme.

Le 20 avril 1752 (trois mois après le mariage), la deuxième femme accouche d'un fils baptisé comme fils légitime et elle meurt le 10 mai suivant. Cet enfant, mineur émancipé, forme en 1772, une demande en reddition de comptes de tutelle contre son oncle qui avait été nommé tuteur. Sur appel, l'oncle contesta la légitimité de l'enfant. Par arrêt du 10 mai 1773, le mineur MASSON DE MAISONROUGE fut débouté de sa demande en reddition de comptes parce qu'il n'était pas enfant légitime.

La question semblait irrévocablement terminée contre le mineur MASSON ; elle revient cependant de la manière suivante :

Le 2 juillet 1775, MASSON DE MAISONROUGE père mourut, laissant d'un troisième mariage une fille, Gene-

viève MASSON, épouse d'un sieur NUGENT. Or M. MASSON DE MAISONROUGE était grevé, par testament paternel, d'une substitution universelle en faveur de ses enfants légitimes, les mâles préférés aux femmes suivant l'ordre de primogéniture.

Après son décès, la dame NUGENT se prétendit seule envoyée en possession et une sentence du Châtelet fit droit à sa demande.

Son frère s'y opposa, répondant qu'il était légitime. Madame NUGENT rétorqua qu'il était bâtard adultérin, donc incapable à recueillir une succession. Par arrêt du 20 juillet 1790, le Parlement de Paris débouta MASSON DE MAISONROUGE de sa demande en envoi de possession. Et le 25 pluviôse suivant, un arrêt de Cassation confirma l'arrêt de 1790.

Aux termes de toute cette jurisprudence, la présomption : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » ne peut donc s'appliquer qu'à l'enfant conçu dans le mariage.

Le Chancelier D'AGUESSEAU résumait ainsi l'opinion adoptée à cette époque :

« Si nous examinons quelle est la force et l'effet de cette présomption, nous trouvons qu'elle ne peut jamais être entièrement décisive que pour ceux qui, non seulement, sont nés, mais qui sont conçus dans le mariage. La loi ne présume jamais le crime ; toujours favorable à l'innocence quand un même effet peut avoir deux causes, l'une injuste, l'autre juste et légitime, elle rejette absolument la première pour s'attacher à la dernière.

« C'est donc le nom et la dignité du mariage, la cohabitation publique et constante, la présomption toujours favorable à l'innocence et à l'état des enfants qui forment cette première espèce de preuve. Mais de vou-

loir lui donner un effet rétroactif, de prétendre qu'il suffise d'être né dans le mariage, et que le nom sacré pourra servir d'un voile favorable qui couvrira même ce qui s'est passé dans un temps où toutes les présomptions cessaient, où l'on ne pouvait alléguer encore ni la force d'un engagement solennel ni la longueur d'une cohabitation certaine, où enfin la loi ne pouvait rien présumer d'innocent parce que tout était également coupable, ce serait abuser manifestement des termes de la maxime commune : *pater is est...* et lui faire perdre sa véritable application en voulant lui donner une étendue qu'elle n'a pas (40). »

(40) Rapporté au *Répertoire de Jurisprudence de Merlin*. V° *Légitimité*, Sect. II.

CHAPITRE II

LE CODE CIVIL

**Compromis entre la thèse traditionnelle
et la thèse canoniste (articles 312 et 314)**

CHAPITRE II

LE CODE CIVIL COMPROMIS ENTRE LA THÈSE TRADITIONNELLE ET LA THÈSE CANONISTE

SECTION I

ÉTUDE INTRINSÈQUE DES TEXTES

Le Code Civil s'est efforcé d'établir une alliance entre le principe canonique et le principe traditionnel. Tout en formulant cette règle fondamentale : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari », il se montre favorable à la légitimité, la basant, dans un cas, sur la naissance en mariage.

I

La matière de la légitimité est régie par le chapitre premier du titre 7 du Code Civil.

*
**

Ce chapitre intitulé : « *De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage* » a donné lieu à deux interprétations.

Pour comprendre cet intitulé, il faut, disent les uns, le rapprocher des différents articles contenus dans le chapitre premier du titre 7, en particulier des articles 312 § 1^{er} et 315.

« ART. 312 § 1^{er} : L'enfant conçu pendant le mariage
« a pour père le mari, »

« ART. 315 : La légitimité de l'enfant né 300 jours
« après la dissolution du mariage pourra être con-
« testée. »

Il résulte de ces articles que l'enfant peut naître légitime après la dissolution du mariage.

Dès lors, l'intitulé du chapitre dans lequel sont insérés ces deux articles, ne peut pas vouloir dire que, seuls, les enfants nés dans le mariage sont légitimes. Ce serait une contradiction trop flagrante. Ainsi que le fait remarquer Demolombe (1), l'intitulé n'a pu avoir pour but que de déclarer légitime l'enfant né dans le mariage, sans exclure pour cela de la légitimité l'enfant conçu dans le mariage.

A cette argumentation, il a été répondu de la manière suivante (2) :

En premier lieu, il est impossible d'attacher de l'importance à l'intitulé du chapitre premier. La définition des enfants légitimes, écrit M. ROUAST, ne se trouve pas dans le titre du chapitre mais dans le texte lui-même : l'article 312.

En deuxième lieu, l'argument tiré de l'intitulé est à double sens (3). Il est possible de considérer la rubrique du chapitre premier comme signifiant : De la filiation des enfants légitimes ou (des enfants) nés dans le mariage. Il n'y a qu'à lire le titre du chapitre comme s'il existait une virgule avant les mots « ou nés » ; le mot « ou » devenant alors synonyme de « et ». Ce chapitre se rapporterait donc à deux catégories d'enfants.

Il faut bien déclarer que ce dernier raisonnement

(1) Demolombe, *Code Napoléon*, T. 5, n° 60.

(2) Voir notamment : Rouast, *Rev. trimestr.*, 1927, p. 137 : « La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage ».

(3) Baudry-Lacantinerie et Guyot, *Précis de Droit Civil*, T. I, 14^e édit., n° 790.

n'est pas convaincant ; M. ROUAST, qui, pourtant, s'arrête uniquement au fait de la conception pour déterminer la filiation, n'ose pas s'en servir. Il « avoue n'avoir aucun goût pour une argumentation semblable qui rappelle trop la célèbre scène dans laquelle FIGARO discute les termes de son engagement envers MARCELLIN » et il « préfère conclure à une inadvertance des rédacteurs du Code ».

Sans doute, le législateur aurait pu commettre une erreur dans la rédaction de l'intitulé. Mais le juriste ne peut conclure à l'inadvertance qu'à défaut d'autres explications possibles. En l'espèce, comment invoquer l'erreur alors que l'intitulé du chapitre est conforme aux articles qui y sont inclus et aux travaux préparatoires ?

Il nous semble raisonnable d'attacher de l'importance au titre du chapitre ; il a été discuté avec le texte ; ses rédacteurs ont pu en peser la portée. D'autre part, ainsi que l'a précisé DEMOLOMBE, il fait corps avec le texte ; quel qu'en ait été le rédacteur, il n'est que le résumé exact, logique et raisonnable des articles qu'il précède.

En résumé, cet intitulé prouve que le législateur a voulu donner la qualité de légitime à l'enfant né dans le mariage.

**

Quels arguments peut-on tirer des textes du Code considérés en eux-mêmes ?

En tête du chapitre premier relatif à la « filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage », se trouve l'article 312 : « L'enfant conçu pendant le mariage a « pour père le mari ».

Pendant longtemps, la majorité de la doctrine et la jurisprudence ont été d'accord pour dire que telle

était la règle traditionnelle, la seule, d'ailleurs, conforme à la logique et au bon sens. La conception, pensaient auteurs et juges, est le critère de la qualité de toute filiation. La filiation légitime est celle qui repose sur les rapports sexuels en mariage. Que l'adage « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » ait été ainsi compris par les auteurs du Code, cela est incontestable. Le fait que cette maxime soit reprise dans l'article 312 § 1^o en tête du chapitre montre, de toute évidence, que le législateur a voulu en faire la base de notre droit de la filiation, Mais faut-il en conclure que, seuls, les enfants conçus dans le mariage sont légitimes, que la conception dans le mariage est l'unique source de la légitimité ?

Nous ne le pensons pas car l'étude des textes nous montrera que le législateur a cherché à concilier un point de vue théorique avec un point de vue pratique ; il s'est attaché à des raisons d'ordre social plutôt qu'à des raisons de vraisemblance. « Le législateur, écrit M. ORTLIEB (4), veut consolider l'état des personnes, il veut favoriser la légitimité qui est la base de l'ordre social ; quand il rencontre une possibilité dans ce sens, il se hâte d'en faire une certitude, du moins une présomption, quand bien même il risque de heurter quelquefois la réalité. » Tel est « le principe qui apparaît à chaque ligne dans les textes consacrés à la filiation ».

La faveur du législateur vis-à-vis de la légitimité apparaît, d'abord, dans la fixation des durées maxima et minima de la grossesse. Ne voulant pas laisser une question aussi grave à l'arbitraire du juge, les rédacteurs du Code demandèrent à FOURCROY de fixer, d'après les données de la science, les durées extrêmes des grossesses tant au point de vue brièveté qu'au point de vue lon-

(4) Ortlieb, note au Sirey, 1876-2-161, sous Cour Poitiers, 19 juillet 1875.

gueur. FOURCROY proposa comme durées extrêmes 186 jours pour les naissances hâtives et 286 pour les naissances tardives. Ayant en main des documents sérieux, les auteurs de la loi reculèrent encore un peu les limites de la grossesse qui leur avaient été fournies par les hommes de science ; en fixant à 180 et à 300 jours les délais extrêmes, ils étaient assurés de ne pas priver inconsidérément un enfant du bénéfice de la légitimité.

Le fait de la naissance pendant cette période de 120 jours n'impose pas nécessairement la conception en mariage ; toujours cependant la loi répute légitime l'enfant né dans de telles conditions.

Qu'advient-il de l'enfant qui naît en dehors de ces délais, c'est-à-dire soit avant le 180^e jour du mariage, soit après le 300^e jour qui suit sa dissolution ?

La première de ces situations est envisagée par l'article 314 du Code Civil, aux termes duquel l'enfant, né avant le 180^e jour du mariage, ne peut, sauf certaines exceptions, être désavoué par le mari.

L'article 314 ouvre donc une action contre l'enfant : le désaveu. Sans doute, ce désaveu est soumis à certaines règles particulières qui le rendent plus facile que le désaveu ordinaire ; il suffit d'une simple dénégation du mari de la mère. Il n'en est pas moins vrai qu'il s'agit d'un désaveu véritable soumis aux règles ordinaires de cette action au point de vue des délais et de la détermination des personnes qui peuvent l'exercer.

D'autre part, aucune autre action n'est permise par le texte ; les tiers intéressés ne doivent donc pas pouvoir contester le lien de filiation rattachant l'enfant au mari de sa mère. Sinon, comment expliquer l'article 315 ? (5) Lorsque la loi a voulu concéder aux tiers l'action en con-

(5) « Art. 315 : La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. »

testation de légitimité, elle l'a dit expressément ; d'où la conclusion que si elle garde le silence sur cette action lorsqu'elle détermine l'état de l'enfant né dans le mariage, c'est que cet enfant est protégé contre les tiers par sa qualité d'enfant légitime. Celle-ci ne peut être atteinte que par le désaveu du mari.

Cette exclusion de toute autre action de la part des tiers est d'ailleurs implicitement écrite dans les articles 316 et 318 du Code Civil. En effet, il est inadmissible que le législateur qui, dans l'intérêt de l'enfant, a soumis l'action en désaveu du mari, libre d'ailleurs de ne pas l'exercer, à des conditions déterminées et à un délai très court, ait réservé aux tiers auxquels il ne saurait se montrer plus favorable qu'au mari outragé, une action parallèle en contestation de légitimité, non réglementée et empruntant au droit commun un délai de 30 ans, au lieu de celui de 30 jours imparti au mari.

L'article 314 nous paraît formel : l'enfant, né dans les 180 premiers jours du mariage, est soumis exclusivement à un désaveu véritable. Peu importe que sa conception ait été adultérine ou incestueuse ; l'article 314 ne distingue pas.

Cet article nous permettra de conclure à l'assimilation de l'enfant conçu antérieurement au mariage avec celui qui est conçu pendant le mariage. L'un et l'autre sont soumis au désaveu ; donc légitimes sous réserve de l'exercice de cette action. « Si l'enfant était légitimé, il y aurait lieu, non pas de le désavouer, mais de faire tomber sa légitimation par une contestation de la reconnaissance tacite qu'elle suppose. En parlant de désaveu dans l'article 314, le Code n'a-t-il pas pris parti pour le système de l'assimilation complète de l'enfant à celui qui est conçu pendant le mariage, sauf à faciliter le désaveu au père en raison de la moindre force que

comporte la présomption de paternité par le fait même de la conception avant le mariage ? On ne désavoue pas les enfants légitimés mais les enfants légitimes ». Tels sont les termes mêmes employés par M. ROUAST (6) pour expliquer l'argument.

Il s'en suit que l'enfant conçu avant mais né pendant le mariage est légitime. Le législateur a voulu assurer à la légitimité de cet enfant une certaine protection. Le système du Code est logique ; il a envisagé trois états différents dans lesquels l'enfant est légitime mais dont la légitimité est plus ou moins fragile :

Article 312. — Enfant soumis au désaveu résultant de la preuve de non-paternité.

Article 314. — Enfant soumis au désaveu par simple dénégation.

Article 315.— Enfant dont la légitimité peut être contestée.

Le cas de l'article 315 est celui de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage. Cet enfant n'a pas été conçu durant le mariage, puisque le délai de la gestation la plus longue était déjà expiré au moment de sa naissance ; il n'est pas né non plus pendant le mariage. Dès lors, la loi aurait dû le déclarer de plein droit illégitime ; elle se borne pourtant à dire, dans l'article 315, que « sa légitimité pourra être contestée ». Il résulte de ce texte que si personne ne conteste sa légitimité, l'enfant en conservera le titre et les avantages.

Pourquoi, en effet, la loi déclarait-elle illégitime un enfant dont personne ne conteste la légitimité ? Il ne s'agit que d'intérêts privés et, dès lors, l'action de la loi

(6) Rouast, *La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage*, Rev. trim. Dr. Civ., 1927.

doit se trouver circonscrite dans la limite des contestations auxquelles la rencontre de ces intérêts peut donner lieu. L'article 315 n'a qu'une portée restreinte ; le législateur a voulu dire seulement que l'illégitimité de l'enfant n'était point le résultat immédiat de la tardiveté de la naissance. C'est une illégitimité qui a besoin d'être déclarée mais qui n'en est pas moins la conséquence forcée de la contestation de légitimité fondée sur le fait de la naissance tardive de l'enfant.

**

En résumé, l'œuvre des rédacteurs du Code n'est pas une œuvre complète, envisageant tous les cas qui sont susceptibles de se présenter. Si le législateur a mis en tête de son chapitre la vieille maxime : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* », il ne s'en tient pas à cette règle. Il a fait une œuvre empirique ; il accorde toute sa bienveillance à la légitimité ; tantôt il la base sur la conception en mariage, tantôt sur la naissance en mariage. Dans le cas de l'article 315, il accorde même le bénéfice de la légitimité à un enfant dont ni la conception, ni la gestation, ni la naissance ne se placent pendant la durée du mariage. N'est-ce pas la meilleure preuve que la légitimité repose plutôt sur des raisons d'ordre social que sur des raisons de vraisemblance ?

II

En est-il de même en ce qui concerne la légitimation ?

Les textes relatifs à cette matière se trouvent au chapitre III du titre 7 du Code Civil. C'est l'article 331 qui prévoit les conditions de la légitimation : « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux *nés d'un com-*

merce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère... »

Il résulte nécessairement de cet article que la légitimation ne peut avoir lieu que si les parents étaient libres au moment de la conception. L'article 331 vise en effet le « commerce » existant entre les parents.

L'article 333 se rapporte aux effets de la légitimation : « Les enfants légitimés par le mariage subséquent *auront* les mêmes droits que s'ils étaient *nés de ce mariage* ». L'opinion unanimement admise en a déduit cette conséquence que la légitimation ne rétroagissait pas.

Le système du Code Civil apparaît assez illogique : la légitimité acquise dépend seulement de l'état des parents au moment de la conception, alors qu'en ce qui concerne la légitimité d'origine, on envisage également leur état au moment de la naissance.

SECTION II

LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL (7)

Les travaux préparatoires du Code Civil apportent-ils quelques éclaircissements sur les intentions du législateur ?

I

Les partisans des deux grands systèmes adverses (légitimité reposant sur la naissance dans le mariage — légitimité reposant sur la conception dans le mariage) se sont mutuellement opposés, d'unepart, les déclarations

(7) Toutes les références ont été prises dans Locré, *Législation civile; commerciale et criminelle de la France*, t. 6, Code Civil, t. VII, De la Paternité et de la Filiation, en particulier p. 43 et suivantes, puis p. 312 et s.

faites par PORTALIS et REGNAUD DE SAINT-JEAN-D'ANGÉLY : d'autre part, celles faites par BOULAY lors de la discussion du Code Civil devant le Conseil d'Etat. Loin d'éclairer les textes, les travaux préparatoires, servant d'arguments aux uns et aux autres, n'ont fait qu'embrouiller la question. La principale raison en est qu'auteurs et juges se sont, pour la plupart, contentés de citer deux ou trois déclarations toujours reproduites sans les rapprocher de celles qui les ont précédées ou suivies ; notre travail consistera donc à replacer ces déclarations au milieu de la discussion générale pour essayer d'en comprendre le sens véritable.

Les déclarations invoquées d'un côté comme de l'autre ont été faites à la séance du Conseil d'Etat du 14 brumaire an X (15 novembre 1801) qui avait pour objet la présentation et la 1^{re} rédaction du titre du Code Civil « De la Paternité et de la Filiation ». Le chapitre 1^{er} était intitulé : « Des enfants légitimes ou nés dans le mariage » et l'article 1^{er} était ainsi rédigé :

« L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le « mari ». Après une discussion à laquelle participèrent BOULAY, conseiller qui avait présenté le titre au Conseil, et PORTALIS, l'article 1^{er} fut adopté sans qu'aucun des deux n'ait songé à critiquer dans son principe la vieille règle romaine : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* », cet article 1^{er} § 1^{er} devait devenir l'article 312 § 1^{er} du Code Civil.

Alors seulement furent discutés simultanément les articles 2, 3 et 4 du chapitre 1^{er}, dont voici le texte :

« Art. 2 (correspondant à l'art. 314 du Code Civil) : L'enfant né avant le 186^e jour du mariage n'est plus présumé l'enfant du mariage. »

« Art. 3 (correspondant à l'art. 315 du Code) : Il en

est de même de l'enfant né 286 jours après la dissolution du mariage. »

« *Art. 4* (correspondant à l'article 312 § 2 du Code) : La présomption de paternité résultante du mariage cesse encore :

1° lorsque l'éloignement des époux est tel qu'il y ait eu impossibilité physique ou cohabitation ;

2° lorsqu'ils ont été séparés de corps et de biens : à moins, dans ce dernier cas, qu'il n'y ait réunion de fait et réconciliation entre eux.

C'est à propos de la discussion de ces articles que vont intervenir les déclarations toujours citées. C'est même plus spécialement quant à l'article 2 du projet devenu l'article 314 du Code Civil ; le débat s'engagea à propos de la rédaction de cet article, proposée par le premier Consul, qui était la suivante :

« L'enfant né à terme avant le 150^e jour du mariage peut être déclaré n'avoir pas été conçu dans le mariage » ou, plus justement, suivant la rectification de TRONCHET, « peut être désavoué ».

Il ne s'agit donc pas d'une discussion générale sur le fondement de la légitimité. Le Conseil d'Etat a déjà discuté et adopté ce qui est devenu l'article 312 § 1^{er} du Code Civil. Pas de doute : l'enfant conçu pendant le mariage est légitime. Lors des délibérations postérieures relatives au titre « De la Paternité et de la Filiation », cette règle n'a jamais été contestée. La question posée au Conseil a trait, à ce moment de la discussion, à l'enfant né dans les 150 ou les 186 premiers jours du mariage. Les déclarations de PORTALIS et REGNAUD DE SAINT-JEAN-D'ANGÉLY, d'après lesquelles il faut s'attacher au fait de la naissance ne veulent par conséquent pas dire que toujours « c'est la naissance de l'enfant et non

sa conception qui fait son titre » ; que l'enfant légitime est seulement celui qui naît pendant le mariage. Ces déclarations ne vont pas à l'encontre de l'article 312. Il en ressort simplement que la conception dans le mariage n'est pas l'unique source de la légitimité (8).

En suivant le cours de la délibération, on s'aperçoit qu'en réalité deux débats s'élevèrent successivement au sein de l'Assemblée.

Le premier, qui mit aux prises PORTALIS et BOULAY, était bien relatif au point de savoir si — pour l'enfant né prématurément pendant le mariage — il fallait s'attacher « au fait de la naissance plutôt qu'au fait obscur de la conception ». Tel était l'avis de PORTALIS qui proposait cette règle initiale : « L'enfant né pendant le mariage appartient au mari » et qui voulait déterminer ensuite les cas dans lesquels le père pourrait exercer l'action en désaveu. Quelques instants plus tard, il faisait cette déclaration souvent citée : « Le caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui naît pendant le mariage, soit que cet enfant ait été conçu avant ou après ; la loi doit d'abord lui imprimer ce caractère ».

BERENGER, intervenant dans la discussion, se prononça dans le même sens « ...dans cette matière, on ne peut se décider que par des probabilités ; or, quand l'enfant naît avant terme depuis le mariage, il est probable que le mariage a été déterminé par la grossesse. Cet enfant appartient donc au mariage car, ou il en est la cause, ou il a été conçu depuis ».

BOULAY s'efforça de réfuter cette thèse. Il pense qu'il serait dur de s'arrêter au seul fait de la naissance puisque la conception établit le droit de l'enfant ; « que

(8) V. en sens contraire : M. Rouast, « La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage », *Rev. trim. Dr. Civil*, 1927, p. 137 et s.

ce système repose sur un principe vicieux car c'est la conception et non la naissance qui constitue la filiation » ; « qu'en s'arrêtant au seul fait de la naissance on n'aplanirait pas toutes les difficultés » ». Sans faire état de la différence de classe des deux juristes PORTALIS et BOULAY, remarquons que dans sa dernière déclaration BOULAY semble avoir à peu près abandonné l'opinion qu'il soutenait puisqu'il met seulement en avant les difficultés qui s'opposent au système adverse. Ce qui est certain, c'est que BOULAY ne reprendra plus la parole lors de la discussion qui se poursuit et que celle-ci ne portera plus désormais sur ce point.

A partir de ce moment, tout le monde admet, tacitement au moins, le principe posé par PORTALIS, aux termes duquel l'enfant né pendant le mariage est légitime (9). Le second débat ne portera plus, en effet, que sur la question de savoir si l'action en désaveu doit être la même, que la conception soit postérieure ou antérieure au mariage : ce qui suppose admise implicitement la légitimité de l'enfant conçu avant mais né pendant le mariage. N'y aurait-il point, disaient REGNIER et EMMERY, de distinction à faire relativement au désaveu entre l'enfant conçu et l'enfant seulement né dans le mariage ?

« Il est juste de faire, à cet égard, une différence entre l'enfant né et l'enfant conçu pendant le mariage » observait REGNIER. Puis, continuait-il, « l'objet de la différence serait seulement de mettre l'enfant conçu depuis le mariage à l'abri de tout désaveu et de donner au père le droit de désavouer l'enfant conçu auparavant ». C'est également ce qu'exprime sous une autre

(9) A rapprocher des : Conclusions prises par M. le premier Avocat général Terlinden à la C. Cass. Belgique, le 29 nov. 1906 (aff. Crabbe-Buyst c/ Elisa Schoonheydt) (S., 1910-4-18).

forme EMMERY : « La loi distingue, dit-il, entre l'enfant qui est conçu et l'enfant qui est né depuis le mariage. Le premier est irrévocablement l'enfant du mari ; le second est seulement présumé l'être, mais comme toute présomption doit céder aux preuves, le père a le droit de prouver que cet enfant ne lui appartient pas ». Par cette intervention, REGNIER et EMMERY donnent l'occasion à PORTALIS d'affirmer plus catégoriquement encore le principe qui sert de base au projet de loi : « Il ne faut pas commencer par flétrir comme illégitime l'enfant né depuis le mariage. C'est cependant ce qui arriverait si l'on s'arrêtait au fait de la conception ; car, la proposition étant alors que l'enfant conçu pendant le mariage est légitime, la proposition contradictoire serait que l'enfant conçu avant le mariage n'est pas légitime. »

Et REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angély) de conclure : « C'est la naissance de l'enfant et non sa conception qui fait son titre. L'enfant conçu avant le mariage et né après est légitime, si le père ne réclame pas ». Précisant sa pensée, le même orateur ajoute : « L'enfant né après la dissolution du mariage mais conçu pendant le mariage est légitime aussi... Donc, il ne faut pas dire né, il ne faut pas dire conçu pendant le mariage mais né depuis le mariage contracté ». Il termine en proposant de rédiger ainsi les articles soumis à la discussion :

1^{er} article : La loi reconnaît la paternité en faveur des enfants nés postérieurement au mariage.

2^e article :

3^e article : Elle (la loi) admet contre cette présomption l'exception résultant de la naissance de l'enfant avant le 180^e jour du mariage, s'il vit 15 jours après sa naissance...

En résumé, les travaux préparatoires dévoilent l'in-

tention du législateur. Grâce à eux, nous savons que les rédacteurs du Code, tout en adoptant la règle « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » ont admis la naissance dans le mariage ou plus exactement « depuis le mariage contracté » comme une source de légitimité. Loin d'opposer les articles 312 et 314 du Code Civil, il faut au contraire les rapprocher ; le législateur s'est montré extrêmement favorable à la légitimité qu'il a fait reposer sur la conception et sur la naissance. La seconde de ces deux sources de légitimité n'a-t-elle été dans l'esprit des auteurs du Code que subsidiaire ? Rien ne nous autorise à le dire. La seule conclusion des travaux préparatoires, qui nous apparaît certaine, c'est que la filiation légitime peut avoir comme base soit le fait de la conception, soit le fait de la naissance. Les affirmations de BOULAY tendant à établir que, seule, la conception établissait le droit de l'enfant, n'ont pas été retenues.

Les déclarations de PORTALIS et REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angély) n'ont donc pas été faites à la légère ; les orateurs ont pesé la portée de leurs paroles (10). La meilleure preuve n'en est-elle pas que la jurisprudence la plus récente n'a fait que tirer des idées émises au moment des travaux préparatoires du Code leurs conséquences les plus logiques.

Puisqu'il existe deux sources de légitimité, pourquoi ne pas permettre à l'enfant comme l'a fait un récent arrêt (aff. HÉRANVAL) (11) de choisir celle qui lui est la plus profitable ? C'est bien rester dans la pensée des rédacteurs du Code Civil qui étaient animés de l'esprit le plus bienveillant vis-à-vis de la légitimité.

Et surtout la solution donnée par la Chambre Civile

(10) V. en sens contraire : Rouast, article précédemment cité dans *Revue trim. Dr. Civ.*, 1927.

(11) Cass. Civ., 4 janvier 1935, *D. P.*, 1935-1-5. *Sir.*, 1936-1-17.

de la Cour de Cassation, le 2 juillet 1936 (affaire DEWALLE) n'est qu'une application des principes énoncés par REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angély). Si l'enfant « né depuis le mariage contracté » est légitime, il s'ensuit que l'enfant conçu avant le mariage et né après sa dissolution est légitime. Dans ce cas, la légitimité de l'enfant est indépendante de la conception et de la naissance dans le mariage ; elle repose sur la gestation dans le mariage (12) : ce qui constitue une troisième source de légitimité. Or, telle est précisément la décision rendue dans l'affaire DEWALLE (13).

II

Les travaux préparatoires, en ce qui concerne la légitimation, sont loin de nous donner les mêmes précisions. Il faut cependant noter la déclaration faite par le tribun DUVEYRIER dans la séance du Tribunal du 2 Germinal An XI (14). D'après lui, la première condition requise pour la légitimation, c'est que les époux¹ aient été libres, c'est-à-dire aient eu la faculté légale de se marier au moment de la naissance de leur enfant. « Peut-être, écrit M. Bernard LASSERRE (15), DUVEYRIER n'a-t-il pas pensé aux conséquences d'une parole aussi malheureuse. Il est permis sans doute de croire que c'est là une erreur de mot sans importance. N'empêche que la lecture de ces textes préparatoires, non seulement n'apporte aucune lumière pour faciliter l'interprétation

(12) V. note Mlle de Lagrange sous Cass. Civ., 2 juillet 1936 (*D. P.*, 1936-1-118).

(13) Cass. Civ., 2 juillet 1936 (*D. P.*, 1936-1-118).

(14) Locré, *Législation de la France*, Code Civil, t. 6, n^{os} 31 et 32, p. 312 et s.

(15) Bernard Lasserre, *Légitimation des enfants adultérins* (Thèse, Paris, 1931).

de la formule médiocre de l'article 335, mais permet même de douter de son sens véritable ». Quelle que soit cette critique, M. LASSERRE est lui-même contraint de reconnaître que le tribun DUVEYRIER s'est arrêté au fait de la naissance. Bien entendu, il ne faut pas attacher à cette déclaration une valeur exagérée ; il est difficile, en particulier, de la considérer seule, abstraction faite de tous autres éléments. Qu'on n'envisage jamais la date de la conception pour déterminer la qualité d'enfant légitimé, cela peut paraître en effet une « hérésie juridique ». Ne faut-il pas rapprocher cette déclaration de celles faites lors de la discussion des articles 312 et suivants du Code Civil ? Ne faut-il pas surtout essayer de le mettre en accord avec le texte de l'article 331 qui s'attache seulement à la date de la conception ? Le seul moyen d'établir l'harmonie entre les textes et les travaux préparatoires, c'est, nous semble-t-il, de décider que l'on peut s'arrêter soit au fait de la conception, soit au fait de la naissance.

Enfin, les travaux préparatoires apportent des éclaircissements sur les effets de la légitimation. Voici, à ce sujet, les paroles mêmes qui ont été prononcées par le tribun DUVEYRIER : « Les droits de la légitimation par mariage subséquent sont les mêmes que ceux de la légitimité ».

Il faut seulement observer que leur effet ne remonte pas à l'époque de la naissance des enfants ; qu'il ne peut opérer que du moment qu'il existe et qu'il n'existe qu'avec le mariage qui le produit. Tout ce qui s'est passé dans la famille du père ou de la mère avant leur mariage est étranger aux enfants que le mariage légitime, et c'est ce que le projet de loi exprime bien, en disant que les enfants légitimés par mariage subséquent auront les

mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. » Par conséquent, d'après les travaux préparatoires, la légitimation ne rétroagit pas antérieurement au mariage des parents.

CHAPITRE III

DU CODE CIVIL A L'ARRÊT DEGAS (8 Janvier 1930)

Débat sur l'article 314 du Code Civil
Légitimité ou Légitimation de l'enfant
conçu avant mais né pendant le mariage

CHAPITRE III

DU CODE CIVIL A L'ARRÊT DEGAS

Débat sur l'article 314 du Code Civil.

Légitimité ou Légitimation de l'enfant conçu avant mais né pendant le mariage.

SECTION I

INTÉRÊT DE LA QUESTION

Durant tout le xix^e siècle, le problème du fondement de la légitimité ne s'est posé à peu près exclusivement qu'à propos de la détermination du statut de l'enfant conçu avant et né après la célébration du mariage. Ce fut le sujet d'une controverse classique : cet enfant qui, jusqu'à désaveu du père, jouit des droits d'enfant légitime en vertu de l'article 314 du Code Civil est-il légitime ou est-il seulement légitimé ?

Légitimité ou légitimation, qu'importe, objectera-t-on, puisque l'enfant est toujours considéré comme légitime.

Il importe cependant car les deux solutions entraînent à des conséquences absolument différentes. A résoudre la question il y a un intérêt indiscutable qui peut se ramener à trois chefs principaux (1).

Le premier intérêt se présente au cas de conception adultérine ou incestueuse. Sauf les exceptions apportées par des lois relativement récentes à l'article 331 du Code Civil, la doctrine traditionnelle se prononce pour la prohibition absolue de la reconnaissance et de la légitimation des enfants conçus dans l'adultère ou l'inceste.

Dans cette hypothèse, la légitimation ne pourrait

(1) Voir sur ce point, Beudant, *Cours de Droit Civil français*, 2^e édit., T. III, par A. Breton, n° 1007. — *Répertoire Carpentier*, V¹ Paternité et filiation.

donc pas jouer en faveur de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage ; cet enfant ne serait jamais entré dans la famille.

Si, au contraire, il est légitime comme étant né dans le mariage, il n'y a pas à considérer son état lors de la conception. La loi le répute légitime : c'est suffisant.

Le deuxième intérêt est relatif à la détermination des personnes qui peuvent contester la filiation de l'enfant.

D'après l'opinion la plus communément admise, s'il est légitime, seul son père peut contester sa légitimité au moyen de l'action en désaveu prévue par l'article 314.

Au contraire, est-il seulement légitimé, toutes les personnes intéressées pourront contester sa filiation.

Un troisième intérêt a trait aux droits successoraux de l'enfant. M. BRETON (2) le résume ainsi : Si l'enfant qui rentre dans le cadre de l'article 314 est légitime d'origine, il l'aura toujours été car la légitimité couvre l'enfant dès qu'il existe ; il aura donc droit à une succession ouverte dans l'intervalle du jour de la conception et de celui de la célébration du mariage de ses parents.

S'il est seulement légitimé, il jouit d'une faveur qui ne lui est acquise qu'à partir du jour du mariage, la légitimation ne produisant pas d'effets antérieurement à celui-ci.

Quelle a été, au cours du XIX^e siècle, l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence ?

(2) Beudant, *Cours de Droit Civil français*, 2^e édit., T. III, par A. Breton, n^o 1007.

SECTION II

THÈSE DE LA LÉGITIMATION

§ 1. — SON FONDEMENT

Cet enfant, né au début du mariage, n'est que légitimé, ont répondu, d'une part la grande majorité des auteurs, et, d'autre part, la jurisprudence de la Cour de Cassation par deux arrêts de la Chambre Civile rendus en 1869 (3).

Cette solution est la conséquence logique et nécessaire du principe traditionnel aux termes duquel la qualité d'une filiation résulte uniquement des circonstances de la conception.

La logique et le bon sens imposent cette règle : « La filiation naturelle est en effet celle qui procède de relations entre personnes non mariées ; la filiation adultérine est celle qui est issue d'un adultère, la filiation légitime, celle qui a son origine dans des relations autorisées par la morale et par la loi, en raison du mariage qui les a précédées » (4).

En un mot, la filiation ne dépend que de l'acte procréateur ; la légitimité ne résulte que de la conception en mariage (art. 312, § 1^o du Code Civil).

Cette théorie, la seule vraiment rationnelle aux yeux de la majorité de la doctrine, est celle de nombreux auteurs anciens : DURANTON (5), PROUDHON (6), TAULIER

(3) Cass. Civ., 28 juin 1869, *D. P.*, 1869-1-335.

(4) Rouast, note au *D. P.*, 1935-1-5, sous Cass. Civ., 4 janvier 1935.

(5) Duranton, *Cours de droit français* suivant le Code Civil, T. III.

(6) Proudhon, *Cours de droit français*, 1^{re} partie, t. 2, p. 23.

(7), MARCADÉ (8), DEMANTE et COLMET DE SANTERRE (9).

Elle a été soutenue également dans des notes d'arrê-
tistes et des articles de revues par MM. AM. BOULLANGER
(10), COLLET (11), LOUBERS (12), et ROUAST (13).

Enfin, cette théorie est enseignée dans les traités de
droit plus récents par MM. BAUDRY-LACANTINERIE (14),
PLANIOI (15), COLIN et CAPITANT (16), JOSSERAND (17),
elle est si communément admise que la plupart des
auteurs ne songent même pas à une discussion possible ;
elle est simple, disent-ils, et en accord avec le bon sens :
aucune critique ne saurait s'élever sérieusement
contre elle.

Cette opinion a été consacrée par la Cour de Cassa-
tion dans ses arrêts fondamentaux du 28 juin 1869 (18) :
« Les articles 312 et suivants du Code Napoléon, disent
les juges, posent formellement le principe que c'est la
conception et non la naissance qui constitue la filiation ».

L'enfant conçu avant le mariage est donc, par ori-
gine, un enfant naturel.

(7) Taulier, *Théorie raisonnée du Code Civil*, T. I, p. 383.

(8) Marcadé et Paul Pont, *Explication théorique et pratique du Code
Napoléon* (sous l'article 314).

(9) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Civil*, T. II,
n° 37 et 37 bis.

(10) Am. Boullanger, note sous Grenoble, 19 février 1868, *Sir.*, 1868-2-97.

(11) Collet, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1870, T. 36,
p. 1 à 14.

(12) Loubers, note sous Cass. Civ., 7 juillet 1910, *Sir.*, 1914-1-273.

(13) Rouast, *Rev. trimestr. de Droit Civil*, 1927, p. 137 et s. : « La
condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage ».

(14) Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, *Traité théorique et pratique de droit
civil*, T. IV, n° 519 et suiv. — Baudry-Lacantinerie et Guyot, *Précis de droit
civil*, T. I, n° 790.

(15) Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. 1, n° 1366. Planiol et
Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français*, T. II, par M. Rouast, n° 710.

(16) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, T. I, p. 269.

(17) Josserand, *Cours de Droit Civil positif français*, T. I, p. 533, n° 1038.

(18) C. Cass., Ch. Civ., 28 juin 1869, *D. P.*, 1869-1-335.

§ 2. — L'EXPLICATION CLASSIQUE :
LÉGITIMATION PAR RECONNAISSANCE TACITE
EXPOSÉ — APPRÉCIATION CRITIQUE

Dans ces conditions, comment expliquer l'article 314 du Code Civil ?

L'explication classique a été donnée par les arrêts de 1869 ainsi que par les auteurs précités à l'exception de M. ROUAST ; elle peut se résumer ainsi : l'enfant, naturel d'origine, bénéficie seulement d'une légitimation tacite au moment du mariage de ses parents.

La Cour Suprême a eu à se prononcer dans deux arrêts en date du 28 juin 1869, l'un cassant un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Grenoble (affaire CHARRETON) ; l'autre confirmant un arrêt de la Cour de Paris du 22 novembre 1867 dans une affaire « BEAUMESNIL c/ DELUCENAY et autres », qui est semblable à la première. Les faits soumis à la Cour étaient les suivants : M. X... devenu veuf contracte aussitôt un second mariage ; au début de celui-ci et moins de 180 jours après le décès de la première femme, naît un enfant. Par la suite, au moment du partage de la succession de son père, l'enfant prend la qualité de « légitime ». Cette qualité lui est contestée. Dans ces deux espèces, la conception de l'enfant était adultérine. Pouvait-il cependant avoir droit à la légitimité en raison de la naissance en mariage ? La Cour de Cassation lui refuse cette faveur ; elle considère que, si l'enfant, né dans les 180 premiers jours du mariage naît légitime, c'est seulement en vertu du bénéfice de la légitimation, lequel ne peut avoir lieu au cas de conception adultérine ou incestueuse.

Comment, au point de vue technique, opère cette légitimation ?

La légitimation suppose la réunion de deux conditions :

- 1° Reconnaissance de l'enfant par ses deux parents.
- 2° Mariage de ceux-ci.

La deuxième condition est remplie dans le cas de l'article 314.

Quant à la première, dans l'hypothèse classique où l'enfant est né avant la célébration du mariage, elle consiste en une reconnaissance expresse.

Si l'enfant naît seulement au début du mariage, il y a également une reconnaissance des parents mais elle n'est souvent que tacite. « On est en présence d'une fiction de la loi qui suppose de la part de ces derniers l'intention de conférer la légitimité (à leur enfant) par leur mariage ». Le législateur serait parti de cette idée que l'homme qui épouse une femme enceinte veut couvrir la faute commise antérieurement ; il présume, chez le mari, la volonté de légitimer l'enfant qui naît au début du mariage. Parfois, sans doute, cette présomption se trouvera contredite ; le mari aura été trompé. C'est pourquoi, sauf dans deux cas où le doute ne peut plus subsister sur ses intentions, il lui est permis de désavouer l'enfant par simple dénégation. La présomption qui résulte de l'article 314 du Code Civil n'est pas la même que celle qui résulte de l'article 312 ; dans le cas de l'article 312, la légitimité est fondée sur la présomption des rapports naturels et légitimes des époux ; dans celui de l'article 314, elle découle du fait de la naissance pendant le mariage joint à l'aveu exprès ou tacite de la paternité du mari.

De ces principes se déduisent plusieurs conséquences admises par la Cour de Cassation :

Pour des raisons de morale et d'ordre public, les

articles 331 et 335 du Code prohibent toute reconnaissance des enfants nés hors mariage d'un commerce incestueux ou adultérin ; cette prohibition doit recevoir également son application lorsque la date de la naissance pendant le mariage rapprochée de celle où la présomption de la loi fait remonter la conception, établit que l'enfant est né d'un commerce incestueux ou adultérin ; dans ce cas, sa légitimité est tout aussi incompatible que le serait sa légitimation avec le vice originel de sa conception.

Les tiers intéressés qui peuvent contester toute reconnaissance de la part du père ou de la mère (art. 339 du Code Civil) ont donc le droit d'écarter cet enfant de la famille légitime car ils ne font que contester les effets de l'aveu formel ou tacite de la paternité du mari ; loin de la repousser, ils l'admettent mais en soutenant qu'elle est impuissante à produire une légitimité prohibée par la loi, que l'enfant n'est pas entré et n'a pu prendre place dans la famille légitime. Il est donc permis à tous ceux qui y ont intérêt de contester la légitimité de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage ; leur action est absolument différente de l'action en désaveu que seul peut exercer le mari dans des formes et délais déterminés.

*
**

Il apparaît même qu'avant 1869, la Cour de Cassation avait appliqué ces principes. Les juges avaient déjà eu à résoudre cette difficulté : L'enfant conçu avant et né pendant le mariage a-t-il droit à une succession ouverte dans l'intervalle du jour de la conception à celui de la célébration du mariage ? La Cour d'Appel d'Orléans qui fut la première à connaître de la question, par arrêt du 16 février 1809 confirmant un jugement du

Tribunal Civil de Tours, se prononça en faveur des droits successoraux de l'enfant ; la Cour fit jouer au profit de l'enfant la règle : « *Infans conceptus...* ».

Mais cette décision fut cassée par un arrêt de la Chambre Civile du 11 mars 1811 (19) et, sur renvoi, la Cour d'Appel de Paris jugea le 21 décembre 1812 dans le même sens que la Cour de Cassation. Plus tard, le 3 juillet 1840, (20), la Cour de Riom admit la même solution, rejetant l'enfant de la succession ouverte avant le mariage de ses parents et admettant par conséquent son absence de droits antérieurement à cette date. Cette solution jurisprudentielle implique-t-elle nécessairement l'adoption d'un système ou de l'autre (légitimité reposant sur la conception ou sur la naissance dans le mariage) ? Non, ont dit tous les auteurs anciens, même ceux qui, comme DEMOLOMBE, faisaient reposer la légitimité sur la naissance dans le mariage. Au reste, écrit le savant auteur (21), il est « certains résultats auxquels aboutissent ensemble tous les systèmes. Personne ne conteste, par exemple, que l'enfant ne pourra jamais se prévaloir de sa qualité d'enfant légitime pour réclamer des droits ouverts antérieurement au mariage. Légitimité ou légitimation, peu importe ici car la légitimation n'a pas d'effet rétroactif (art. 333) et la légitimité encore moins puisqu'elle a pour fondement la présomption que l'enfant a été conçu depuis le mariage ». M. le Procureur Général MERLIN (22), dans les conclusions prises devant la Cour de Cassation (affaire GUILBERT, arrêt du 11 mars 1811) résumait ainsi le problème : « En deux mots, ou il

(19) Cass., 11 mars 1811, sur renvoi jugé dans le même sens par la C. Paris, le 21 décembre 1812 (*Rép. Législation*, V¹ Paternité et filiation, p. 187, note 1).

(20) C. Riom, 3 juillet 1840, *Sir.*, 1840-2-362.

(21) Demolombe, *Cours de Code Civil*, T. V, n° 64.

(22) Sous Cass., 11 mars 1811, *Recueil Général des Lois et Arrêts*, T. 3-1-306.

faut ici s'attacher au moment de la conception, ou il faut s'arrêter au moment de la naissance. Si l'on s'attache au moment de la conception, Marie-Anne GUILBERT (l'enfant conçue avant mais née pendant le mariage) était illégitime à l'époque de l'ouverture de la succession de son frère utérin, et par conséquent incapable de succéder. Si l'on s'arrête au moment de la naissance, Marie-Anne GUILBERT n'existait pas encore à l'époque de l'ouverture de la succession de son frère utérin et par conséquent était incapable d'y rien prétendre ». C'est également l'opinion de M. ORTLIEB (23) d'après lequel il n'y a rien à conclure de cette solution admise dans toutes les opinions.

Un certain nombre d'auteurs modernes (24) pensent au contraire que la légitimité de l'enfant rétroagit antérieurement au mariage de ses parents alors que la légitimation ne saurait jamais avoir d'effet qu'à partir du jour du mariage.

Exclure l'enfant d'une succession ouverte dans l'intervalle du jour de sa conception à celui de sa naissance, c'est, d'après eux, admettre qu'il est légitimé.

Comment, en fait, se sont décidés les juges de 1811 ? L'examen de l'arrêt, amène à penser qu'ils se sont prononcés dans le sens de la légitimation. Certains motifs sont assez explicites à cet égard :

« Attendu, ont dit les magistrats, qu'il ne suffit pas en effet que l'enfant conçu hors mariage soit né dans le mariage pour lui donner tous les droits d'enfant légitime puisqu'il peut être désavoué par son père *ou être le fruit de l'adultère* ». M. BOULLANGER (25) fait remarquer que

(23) Ortlieb, note au *Sirey*, 1876-2-161.

(24) V. en particulier, Bastian, note au *Sirey*, 1936-2-129.

(25) Am. Boullanger, note sous Grenoble, 19 février 1868, *Sir.*, 1868-2-97.

la conséquence de ce motif est la suivante : puisque l'enfant conçu hors mariage et né dans le mariage n'a pas les droits d'enfant légitime lorsqu'il est le fruit de l'adultère, c'est qu'il n'est pas légitime. Le serait-il en effet, ce ne pourrait être qu'en vertu de la naissance en mariage ; peu importerait alors sa conception adultérine. Il s'ensuit que l'enfant conçu hors mariage et né dans le mariage est seulement légitimé. Toutefois, pour qu'il puisse être l'objet de la légitimation, il faut qu'aucun obstacle ne s'oppose à la transformation de sa condition. La légitimation n'est pas permise en faveur des enfants conçus adultérins.

Puis la Cour de Cassation précise, dans un deuxième motif, qu'il n'y a « aucune distinction à faire, quant à la capacité de succéder, entre l'enfant conçu hors mariage et né dans le mariage, et celui qui est seulement légitimé par le mariage subséquent ». La Cour assimile donc ces deux catégories d'enfants ; il est vrai que c'est seulement quant à la capacité de succéder.

En 1840, la Cour de Riom se montre encore plus explicite dans l'exposé de ses motifs. Parlant de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage, elle s'exprime ainsi : attendu que « n'ayant été *légitimée* que par le mariage de Magdeleine DUQUET avec Félix LISSAC (ses parents) il s'ensuit que, jusqu'à cette *légitimation* et quoique conçue avant, elle n'était pas légitime ». La Cour de Riom emploie le terme même de « légitimation » ; son opinion nous paraît très précise.

Des motifs de ces arrêts, il résulte donc que l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage est un enfant naturel légitimé par mariage subséquent.

Postérieurement à 1869 et jusqu'en 1930, la jurisprudence de la Cour suprême n'a pas varié ; il n'y a qu'à se reporter à cet effet aux motifs de deux arrêts de la Chambre civile, l'un du 25 juin 1877 (26), l'autre du 19 novembre 1907 (27). Ces arrêts, qui n'ont jugé qu'incidemment la question, ont donné la solution suivante :

La reconnaissance par le père avec l'indication de la mère ou la reconnaissance dans l'acte de mariage par les deux époux d'un enfant naturel que ceux-ci ont eu antérieurement est dénuée de tout effet, même à l'égard de la mère, s'il est établi que le père, au moment de la conception de l'enfant, était marié avec une femme autre que la mère et qu'ainsi la filiation reconnue est entachée d'adultérinité.

Le 7 juillet 1910 (28), la Chambre civile a encore rendu un intéressant arrêt conforme à la jurisprudence établie en 1869. Voici les faits : Le sieur X... avait contracté une première union légitime avec la dame L..., décédée le 8 août 1896. Le 29 septembre 1896, soit 52 jours après le décès de la dame L..., naît un enfant de la demoiselle Y..., alors célibataire, et de père non dénommé. Par la suite, le sieur X... s'engage dans les liens du mariage avec la demoiselle Y... ; par ce mariage, il reconnaît et légitime l'enfant né le 29 septembre 1896. La Cour de Cassation déclara nulles la reconnaissance et la légitimation ; il s'agit, dit-elle, d'un enfant adultérin qui n'est susceptible ni de reconnaissance, ni de légitimation : « Attendu, en effet, que, pour résoudre la question de savoir si un enfant est ou non issu d'un commerce adultérin, il y a lieu de considérer l'époque de sa concep-

(26) Cass. Civ., 25 juin 1877, *D. P.*, 1878-1-262.

(27) Cass. Civ., 19 nov. 1907, *D. P.*, 1908-1-15.

(28) Cass. Civ., 7 Juill. 1910, *D. P.*, 1912-1-62. S., 1914-1-273 et note de M. Loubers.

tion et non celle de sa naissance ; que, par suite, l'existence, au moment de la conception, d'un précédent mariage, dans lequel se trouvait encore engagé le père ou la mère s'oppose à la légitimation alors même que cet empêchement aurait disparu avant la naissance. » C'est une affaire semblable à celle-ci qui avait été jugée par le Tribunal civil du Havre le 23 mai 1838 (29) ; toutes deux ont été résolues dans le même sens : l'enfant dont la conception a eu lieu dans l'adultère et la naissance à un moment où ses parents étaient libres est un enfant adultérin. Devant la Chambre Civile, en 1910, le pourvoi soutenait, à titre d'argument subsidiaire, que la loi du 7 novembre 1907 aurait interprété en sens contraire l'article 331 du Code Civil et permis la légitimation de l'enfant à la seule condition que ses père et mère fussent libres au moment de sa naissance. Il fut répondu que cette loi n'avait pas pour objet de fixer le sens de l'article 331, mais seulement d'autoriser dans deux cas exceptionnels et limitativement précisés la légitimation des enfants adultérins. Ainsi, le pourvoi essayait-il de tirer de cette loi nouvelle l'idée qu'il fallait, au moins parfois, considérer l'époque de la naissance pour déterminer la légitimité de l'enfant. Ce moyen, invoqué à titre secondaire, ne nous paraît pas très sérieux (30) mais il est intéressant en ce qu'il révèle le point sur lequel les partisans du pourvoi concentrèrent leur principal effort.

Cette jurisprudence de 1869 s'est établie malgré les décisions des Cours et Tribunaux qui, pour la plupart, s'étaient auparavant prononcés en sens contraire.

Et elle s'est maintenue malgré leur résistance postérieure.

(29) Trib. Civ. Le Havre, 23 mai 1838, *Dalloz*, *Répert. Législation*, V¹ Paternité et filiation, p. 308, note 1, sous le n° 453.

(30) V. note de M. Loubers, S., 1914-1-273. Sous Cass. Civ., 7 juil. 1910.

Avant 1930, on ne peut en effet citer comme décisions faisant application du principe aux termes duquel la filiation dépend uniquement du fait de la conception que le jugement du Havre du 23 mai 1838, les arrêts de Paris du 21 décembre 1812 et de Riom du 3 juillet 1840.

*
**

Telle est la thèse classique : La conception en mariage est l'unique source de la légitimité ; l'enfant conçu en dehors du mariage n'est jamais un enfant légitime.

Par analogie avec cette première règle, la légitimation ne peut avoir lieu qu'au profit des enfants dont la conception n'est ni adultérine, ni incestueuse. Peu importe qu'à l'époque de leur naissance les parents aient été libres ou non.

Faisant application de ces principes au cas de l'enfant né en mariage mais conçu auparavant, on décide que c'est un enfant seulement légitimé, qui bénéficie d'ailleurs d'une légitimation un peu particulière dite légitimation par reconnaissance tacite.

En conséquence :

1° Il pourra être exclu de la famille si sa conception est adultérine ou incestueuse, car la légitimation ne peut produire d'effets au profit des enfants incestueux ou adultérins.

2° Toute personne intéressée pourra contester sa filiation.

3° Il n'aura de droits qu'à partir du jour du mariage de ses parents, la légitimation ne rétroagissant pas.

*
**

Il faut convenir que cette thèse « apparaissait fortement construite. Sans s'arrêter à la formule elliptique de l'article 314, elle cherchait à pénétrer le sens de cette disposition en montrant qu'elle ne pouvait rationnellement s'expliquer que par l'idée d'une légitimation reposant sur l'attitude même du mari dont la femme accouchait dans les 180 premiers jours du mariage et elle en concluait logiquement que la disposition restait inapplicable lorsque faisait défaut la possibilité légale d'une légitimation. A quoi s'ajoutait que la solution ainsi déduite était indispensable pour assurer l'intégrité morale de la famille légitime telle que l'entendait le législateur français de 1804 » (31).

Il n'en est pas moins vrai que cette thèse est essentiellement contestable, tant dans son principe que dans l'explication technique qu'elle propose.

Admettre la légitimation de l'enfant né au début du mariage, c'est admettre que la conception est la source unique de la légitimité : opinion contraire à celle du législateur du Code Civil.

D'autre part, l'idée de légitimation par reconnaissance tacite se heurte à de sérieuses objections de texte et de fond.

Comment accorder aux tiers intéressés l'action en contestation de filiation contre l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage, alors que l'article 314 prévoit seulement une action en désaveu exercée par le mari ? C'est, répond-on, en vertu de l'article 339 qui permet à tout intéressé de contester une reconnaissance émanant du père ou de la mère. La réponse ne nous semble pas concluante : en l'espèce, où est la reconnaissance ? L'article 314 est muet à ce sujet. Les partisans de

(31) M. Gény, note sous Cass. Civ., 8 janvier 1930, *Sir.*, 1930-1-257.

la théorie traditionnelle ont recours à l'idée d'une reconnaissance tacite que feraient les parents au moment du mariage. Le désaveu de l'article 314 ne serait que la contestation de cette reconnaissance. Cette explication repose sur une confusion ; on donne au mot « désaveu » de l'article 314 un sens large ; ce serait l'action qui fait tomber l'aveu tacite et anticipé passé par les parents lors de la célébration du mariage. Mais rien ne permet d'attribuer ce sens inusité au mot « désaveu », alors surtout que l'article 314 précise qu'il s'agit d'une action exercée uniquement par le mari.

Il y a plus, « l'article 314 exclut l'action en désaveu si le père a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, ou s'il a pris part à la rédaction de l'acte de naissance ; on explique ceci en disant que la reconnaissance est confirmée, qu'elle n'a plus un caractère tacite ; soit ! mais une reconnaissance expresse peut toujours être l'objet d'une contestation de la part de celui même qui l'a faite, s'il démontre s'être trompé ; on ne comprend pas pourquoi le père est privé de cette faculté dans les cas prévus par l'article 314. Il n'y a qu'une explication : ce texte ne prévoit pas une contestation ni une annulation de reconnaissance, mais un désaveu véritable, il ne suppose donc aucune reconnaissance tacite » (32). La légitimation par reconnaissance tacite est inconciliable avec les textes.

Mais son défaut essentiel est « l'abus de la volonté présumée du mari » (33). M. Ed. Lévy (34), rend l'objection saisissante en donnant un exemple : « Un homme meurt

(32) Rouast, « La Condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage », *Rev. Trimestr. de Droit Civil*, 1927, p. 137 et s.

(33) Rouast, *Rev. Trimestr.*, 1927, p. 137 et s., art. précité.

(34) Ed. Lévy, *Traité pratique de la légitimation des enfants naturels simples, incestueux ou adultérins*,

quelques jours après le mariage, la femme accouche 179 jours après la célébration ; l'enfant est inscrit comme légitime et les héritiers du mari ne protestent pas. On dira : c'est une légitimation tacite. Nullement. Les héritiers du mari n'ont pas plus le pouvoir de légitimer, même tacitement, l'enfant de celui-ci qu'ils ne pourraient, en son nom, reconnaître son enfant naturel. La reconnaissance et, par voie de conséquence, la légitimation, sont des aveux et l'aveu est essentiellement personnel, intransmissible aux héritiers. Or, dans notre hypothèse, il n'y aurait rien d'impossible à ce que le mari eût ignoré la grossesse de sa femme au jour du mariage ».

Ainsi que le font remarquer MM. Ed. LÉVY et ROUAST, le mari peut ignorer, en se mariant, l'état de sa femme : comment peut-on alors parler de légitimation tacite ? Et pourtant, l'enfant demeurera légitime, si le mari meurt sans avoir soupçonné l'état de sa femme et si ses héritiers ne prennent pas l'initiative d'un désaveu dans les délais qui lui sont impartis à cet effet.

Sans doute, il y a une idée juste dans la thèse de la légitimation par reconnaissance tacite ; il est vraisemblable que l'homme qui épouse une femme enceinte a l'intention de couvrir par le mariage le vice de la conception, mais il s'agit d'une question de statut des personnes pour laquelle la volonté ne peut avoir qu'un rôle accessoire. Notre droit a été encombré de ces présomptions de volonté. N'a-t-on pas été jusqu'à expliquer la règle : *Pater is est quem nuptiae demonstrant* par une présomption de reconnaissance anticipée des enfants à naître du mariage (35) ? Notre droit a été en effet envahi par le dogme de la volonté (36), source, a-t-on dit, de tous les

(35) A. Colin, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *Rev. trimestr. de Droit civil*, 1902, p. 282 et s.

(36) Sur ce point, v. Gounot, *Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Thèse, Dijon, 1912, en particulier p. 265 et suiv.

liens familiaux. Et M. COLIN a pu prétendre, sans céder au « vain prestige d'un paradoxe » que l'idée qui se dégage de toute notre législation sur la paternité et la filiation, c'est qu'« entre le père et les enfants, aucun lien ne peut être créé que par la volonté de l'homme ».

Une réaction très nette se dessine contre ces abus: le rejet par la jurisprudence moderne de la légitimation par reconnaissance tacite en est un exemple frappant.

En résumé, cette thèse repose sur un principe essentiellement discutable ; surtout, elle est en désaccord avec les textes et avec les principes généraux du droit de la filiation.

§ 3. — L'EXPLICATION DE M. ROUAST : LÉGITIMATION LÉGALE EXPOSÉ — APPRÉCIATION CRITIQUE

Se rendant compte de la valeur des objections soulevées contre l'explication de la « reconnaissance tacite », M. le Professeur ROUAST (37), suivi par M. BESSON (38), propose d'y substituer l'explication de la légitimation « *légale* ».

*
**

Les deux thèses s'accordent sur ce point : l'enfant conçu avant le mariage est un enfant naturel par son origine qui bénéficie d'une légitimité acquise au moment du mariage de ses parents. « Qu'est-ce à dire, explique M. ROUAST, sinon qu'il est un enfant légitimé et non un enfant légitime. La légitimité acquise, la transformation d'une filiation naturelle en filiation légitime n'est autre

(37) Rouast, *Rev. trimestr. Droit Civ.*, 1927, p. 137 et s. : « La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage ».

(38) Besson, *La Semaine Juridique*, 13 avril 1930, note sous l'arrêt Degas, p. 350.

chose que la légitimation ». « Si, dit M. BASTIAN (39), l'enfant a été naturel pendant une partie de la gestation et jusqu'au jour où ses parents se marient, il lui est impossible par la suite d'être légitime ; il ne peut être que légitimé : ce qui fait la différence entre la légitimité et la légitimation, c'est que celle-ci comporte un changement de qualité, l'enfant cessant d'être naturel pour prendre les droits d'un enfant légitime ».

En un mot, que ce soit en vertu d'une reconnaissance tacite ou en vertu de la loi, l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage bénéficie toujours d'une légitimation.

*
**

Mais les deux théories se séparent en ce qui concerne le procédé par lequel l'enfant obtient la légitimation.

C'est, dit M. ROUAST, le législateur qui décide que l'enfant conçu avant le mariage acquiert la qualité d'enfant légitime au moment du mariage de ses parents. Le législateur tient compte, sans doute, de l'intention des parents mais ce n'est là qu'un élément secondaire. C'est la loi elle-même qui confère à l'enfant la qualité de légitime en dehors de la volonté du père.

En conséquence, c'est bien par une action en désaveu que le mari pourra rejeter l'enfant de la famille ; ainsi, la thèse de la légitimation légale est en accord avec le texte de l'article 314 du Code Civil.

Mais, poursuit M. ROUAST, « ce n'est pas à dire que les tiers soient complètement désarmés dans les situations de ce genre. S'il leur est interdit de contester le lien de filiation qui rattache l'enfant au mari de sa mère, il leur reste la faculté d'agir en contestation de légitimation ».

(39) Bastian, note au Sirey, 1936-2-129.

mité ». Cette action est différente de l'action en désaveu et de l'action en contestation de reconnaissance. Ce n'est pas le lien de filiation qui est en cause, mais seulement la qualité de ce lien. « Contester le lien de filiation, seul le père peut en prendre l'initiative par l'action en désaveu que prévoit l'article 314 ; contester la qualité de la filiation, prouver qu'elle n'est pas une filiation d'origine naturelle simple, mais une filiation d'origine adultérine, tout intéressé peut le faire ». L'action en contestation de légitimité serait donc ouverte pour cause d'adultérinité contre l'enfant conçu avant le mariage.

*
**

La thèse de la légitimation légale présente, au point de vue technique, un incontestable progrès sur celle de la légitimation par reconnaissance tacite.

Elle débarrasse notre droit — et c'est tant mieux ! — d'une fiction inutile. Pourquoi feindre une présomption de reconnaissance tacite alors que l'article 314 dispose d'une manière formelle que l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage est légitime puisque soumis au désaveu du père ?

« L'enfant acquiert la qualité d'enfant légitime par la volonté du législateur et non par celle du père », écrit avec juste raison M. ROUAST. On se trouve dans un cas pour lequel « la loi ne présume rien mais dispose en tenant compte des divers facteurs dont la volonté probable des intéressés n'est pas toujours le plus important ». La filiation est moins une question d'intention vraisemblable des parents qu'une question de portée beaucoup plus large régie par le législateur.

En outre, cette thèse est séduisante à première vue parce qu'elle semble conciliable avec les textes.

D'une part, l'action en contestation de légitimité n'est-elle pas permise en règle générale par l'article 322, paragraphe 2, du Code Civil ?

D'autre part, l'article 314 prévoit l'action en désaveu contre les enfants nés dans les 180 premiers jours du mariage.

En réalité cependant, la théorie de la légitimation légale nous paraît en contradiction avec les textes.

D'après l'article 322, paragraphe 2, du Code Civil, « nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ». Par conséquent, cet article ouvre à toute personne intéressée l'action en contestation de l'état civil de celui qui n'a pas une possession d'enfant légitime confirmée par le titre de naissance. Mais il est bien entendu que cette règle « ne s'applique qu'aux actions en contestation d'état proprement dites et qu'elle ne s'étend pas aux actions en contestation de légitimité fondées, soit sur la tardiveté de la naissance de l'enfant, soit sur son adultérinité, soit enfin sur la non-existence ou sur la nullité du mariage dont il se prétend issu » (40).

En un mot, il n'y a pas de texte qui permette d'une façon générale l'exercice de l'action en contestation de légitimité.

En deuxième lieu, il résulte des textes que, « seul, le désaveu peut être exercé contre l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage ». L'exclusion de l'action en contestation de légitimité se comprend d'ailleurs aussi bien que celle de l'action en contestation d'état. Dans une intention favorable à la légitimité, le législateur n'a pas permis à tout intéressé de s'immiscer dans ces questions d'état.

(40) Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil français*, T. 9, p. 26, § 544 bis.

Il y a une opposition formelle entre la thèse de la légitimation légale et la disposition de l'article 314 du Code Civil.

Celle-là considère l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage comme un enfant, naturel d'origine, légitimé par mariage subséquent, qui peut être exclu de la famille par toute personne intéressée au cas de conception adultérine ou incestueuse.

Celle-ci, au contraire, se prononce en faveur de la légitimité de cet enfant qui ne pourra être exclu de la famille que par le désaveu du père.

Enfin, cette thèse ne nous explique pas comment opère la légitimation. Parler de légitimation légale ne dispense pas en effet de dire pourquoi la loi déclare l'enfant légitimé.

SECTION III

THÈSE INTERMÉDIAIRE DE MM. AUBRY ET RAU.

EXPOSÉ — APPRÉCIATION CRITIQUE

Au cours du xix^e siècle, la controverse traditionnelle a été celle-ci : L'enfant né en mariage quoique conçu auparavant doit-il être assimilé à un véritable enfant légitime, ou, au contraire, doit-il seulement être placé sur la même ligne qu'un enfant légitimé par mariage subséquent ?

D'après MM. AUBRY et RAU (41), la question aurait été mal posée et par suite mal résolue, aussi bien dans un sens que dans l'autre.

D'une part, cet enfant n'est pas un enfant simplement légitimé. Outre les arguments de textes en ce sens,

(41) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., T. 9, § 545, texte et note 9.

il est évident que l'enfant jouit de la légitimité indépendamment de toute reconnaissance antérieure au mariage et par le fait seul qu'il n'est pas désavoué.

Mais il n'est pas non plus un enfant réellement légitime assimilable à l'enfant conçu en mariage. La légitimité de ce dernier, basée sur l'existence réelle du mariage lors de la conception, n'est soumise à aucune autre condition ; ses effets remontent au jour de la conception. Au contraire, la légitimité de l'enfant conçu avant, mais né pendant le mariage, est le résultat non de la réalité, mais d'une fiction. Cette fiction ne consiste pas à dire que l'enfant a été conçu dans le mariage, car la loi se donnerait un démenti à elle-même. Mais on reporte fictivement le mariage des parents à une époque antérieure à la conception.

Or, les fictions légales sont restreintes dans la limite du possible ; elles ne peuvent pas aller à l'encontre de la réalité.

Si l'enfant est issu du commerce de deux personnes parentes au degré prohibé, mais ayant obtenu ensuite des dispenses pour se marier, rien n'empêche d'étendre la fiction jusqu'à supposer que la concession de dispense et le mariage datent de la conception.

Mais si l'enfant est issu du commerce adultérin de deux personnes, la fiction n'est plus applicable. Il est en effet impossible de feindre l'existence du mariage des père et mère à l'époque de la conception puisqu'à cette époque existait déjà un autre mariage contracté par l'un des parents. Ce serait consacrer officiellement la bigamie.

Par conséquent, outre le désaveu de l'article 314, l'enfant pourra voir sa légitimité contestée par tout intéressé.

Ce fut la solution admise le 6 avril 1870 par la Cour

d'Appel de Lyon (42). Celle-ci avait à juger, sur renvoi, l'affaire CHARRETON qui avait donné lieu à l'un des arrêts de principe de la Cour de Cassation en 1869. La Cour de Grenoble avait considéré Marie CHARRETON, née dans les 180 premiers jours du mariage, comme légitime, mais cet arrêt fut cassé. L'arrêt de la Cour de Lyon présente ceci de très original que, tout en se basant sur des motifs absolument différents, il aboutit au même résultat que l'arrêt de la Cour de Cassation ; il permet aux tiers intéressés de contester la légitimité de Marie CHARRETON, conçue dans l'adultère. Les juges de Lyon partent d'un principe absolument opposé à celui formulé par la Cour Suprême. « La loi, disent-ils, n'a pas attaché la *légitimité à la conception seulement mais encore à la naissance dans le mariage* ». Si, d'après l'article 312 du Code, l'enfant conçu durant le mariage a pour père le mari, l'enfant conçu avant le mariage mais né pendant sa durée est également, d'après l'article 314, présumé engendré par le mari ; la naissance sous le voile protecteur d'une union légitime lui permet d'invoquer la maxime : *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. S'attacher exclusivement à la conception pour déterminer une filiation légitime ou illégitime, sans tenir compte de la naissance lorsqu'elle s'est produite pendant le mariage, et étendre à ce dernier cas les dispositions de l'article 339 du Code Civil, ce serait contraire aux textes et surtout à la morale. Ne serait-ce pas en effet « permettre à toute personne, pour le plus léger intérêt, de contester l'état civil de l'enfant non désavoué par le père, ouvrir la porte aux recherches les plus scandaleuses, aux interprétations et aux conjectures les plus téméraires, et donner à la dignité de l'union conjugale, à la fixité de l'état des personnes, à la composition de la famille le coup le plus dangereux ? »

Mais la présomption de légitimité accordée par la

loi à l'enfant conçu avant le mariage diffère cependant de celle accordée à l'enfant conçu dans le mariage. Celle-ci repose sur la réalité (le fait des rapports sexuels en mariage), tandis que celle-là « repose sur une fiction qui suppose : 1° la paternité du mari ; 2° dans l'intention des futurs époux, au moment de la conception, suivant l'expression de nos anciens jurisconsultes, ...*un mariage de vœu et désir* ».

Or, « cette présomption ne peut plus subsister lorsque la fiction sur laquelle elle est fondée rencontre un obstacle insurmontable dans une impossibilité évidente et absolue résultant de la force même des choses ». Tel est le cas qui se produit lorsque la conception doit nécessairement remonter à un moment où l'un des parents était encore dans les liens d'un premier mariage. La fiction ne peut plus jouer sans que soit obligatoirement proclamé l'adultère. Or, « il n'a pu entrer dans les vues d'une législation aussi morale que la nôtre de laisser introduire dans la famille légitime l'enfant dont l'origine est ostensiblement entachée d'adultère ».

Il y a dans cet arrêt un très intéressant effort d'analyse ; les juges ont cherché à expliquer par des raisons de fond la légitimité de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage ; ils ont conclu que sa légitimité reposait sur une fiction qui supposait en quelque sorte le mariage déjà accompli au moment de la conception. En un mot, c'est un report fictif de la date du mariage.

*
**

Cette thèse, soutenue en doctrine par MM. AUBRY et RAU et HUC (43), est parfaitement bien construite ; partant du principe traditionnel (filiation dépendant des circonstances de la conception), elle arrive pourtant, au

moyen d'un procédé technique, à déclarer légitime l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage, c'est-à-dire conçu avant le mariage.

Par une compréhension très approfondie du texte, MM. AUBRY et RAU se sont rendu compte que l'article 314 imposait la légitimité de l'enfant.

Le point d'aboutissement de cette construction juridique est très juste, nous semble-t-il ; en donnant à l'enfant la qualité de légitime, les savants auteurs ont trouvé la solution vraie.

Seulement, était-il nécessaire de recourir à une fiction ? La réponse dépend du parti que l'on adopte sur le fondement de la légitimité.

La légitimité dépend-elle de la conception, on peut chercher vainement, en dehors de la fiction, le procédé qui permette de réputer légitime un enfant conçu hors mariage.

La question est beaucoup plus simple si la filiation peut dépendre de la naissance en mariage ; l'enfant, né dans les 180 premiers jours du mariage, est alors réellement légitime en raison du fait de sa naissance.

Cette deuxième opinion est la seule d'ailleurs qui soit absolument conforme aux textes. Le procédé de la fiction ne réussit pas à aplanir toutes les difficultés. Comment, en particulier, justifier légalement l'action en contestation de légitimité ?

Si fortement édifiée que soit la thèse de MM. AUBRY et RAU, il est difficile de la retenir parce qu'elle repose sur un principe initial tout à fait contestable.

Cependant son analyse du report fictif du mariage antérieurement à la conception présente un intérêt actuel ; la jurisprudence récente fait, en effet, rétroagir la légitimité antérieurement au mariage. Les conditions

de cette rétroactivité ont été étudiées par MM. AUBRY et RAU d'une façon très exacte.

SECTION IV

THÈSE DE LA LÉGITIMITÉ

La légitimité ne résulte que de la conception en mariage ; telle est l'idée qui est à la base des trois théories précédentes.

Il en est une autre au contraire qui considère la naissance en mariage comme étant à elle seule génératrice de légitimité.

Pendant tout le XIX^e siècle, le débat a été limité autour de l'article 314 du Code Civil. D'après les partisans de cette opinion, l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage est un enfant légitime par le seul fait de sa naissance en mariage.

§ 1. — EXPOSÉ DE LA THÉORIE PAR LES AUTEURS

Ce fut l'avis de DEMOLOMBE (44) et de LAURENT (45). VALETTE (46), qui s'était d'abord prononcé en sens contraire, se rallia par la suite à cette thèse. Celle-ci a été également adoptée par ORTLIEB (47) et plus récemment par MM. ED. LÉVY (48) et GAUDEMET (49). Enfin, un certain nombre de commentateurs ont approuvé l'arrêt

(42) C. app. Lyon, 6 avril 1870, *D. P.*, 1870-2-227 ; *Sir.*, 1870-2-109 et conclusions de M. le premier Avocat Général de la Prandiére.

(43) Huc, *Commentaire du Code Civil*, T. III, n° 16.

(44) Demolombe, *Code Napoléon*, Tome 5, p. 731 et suiv., n° 56 et suiv.

(45) Laurent, *Principes de Droit Civil français*, T. 3, n° 385, Sect. II : De l'enfant conçu avant le mariage et né pendant le mariage.

(46) Valette, *Explication Sommaire du Livre I^{er} du Code Napoléon*, p. 156 et 159.

(47) Ortlieb, note sous Poitiers, 19 juillet 1875, *Sir.*, 1876-2-161.

(48) Ed. Lévy, *Traité pratique de la Légitimation des enfants naturels simples, incestueux ou adultérins*, 2^e éd., Paris, 1926, p. 69 à 76.

(49) Gaudemet, *Rev. trimestrielle de Droit Civil*, 1926, p. 378 et s.

DEGAS rendu en ce sens en 1930. Outre la chronique de jurisprudence faite encore par M. GAUDEMET (50) à la *Revue trimestrielle de Droit Civil* de 1930, citons une note signée G. P. (51) au *Dalloz* de 1930 et surtout le remarquable commentaire de M. le PROFESSEUR GÉNY (52) au *Sirey* de 1930. Depuis l'arrêt DEGAS, certains auteurs se sont ralliés à la thèse de la Légitimité ; c'est l'opinion professée dans le cours de droit civil de BEUDANT (53) ; c'est également celle admise par un arrêtiste comme M. BASTIAN (54) .

Ces auteurs se basent sur des arguments de textes et sur des arguments de fond.

Comme textes ils invoquent l'intitulé du chapitre 1^{er} du Titre 7 du Code Civil, l'article 314 qui prévoit la nécessité du désaveu pour les enfants nés dans les 180 premiers jours du mariage et l'article 331 qui n'applique la légitimation qu'aux enfants nés hors mariage. Et ils s'appuient également sur les déclarations faites par PORTALIS et REGNAUD DE SAINT-JEAN-D'ANGÉLY lors de la discussion du Code Civil.

Quant aux raisons de fond, elles se ramènent toutes à celle-ci : Ce qui est immoral au premier chef, ce sont les inquisitions par lesquelles les tiers viendraient rechercher la situation personnelle, les rapports que les époux ont pu avoir antérieurement au mariage. Il faut avant tout les proscrire et c'est pourquoi la filiation des enfants nés dans le mariage doit être placée au-dessus de toute contestation. « Bassesse ignoble ou dévouement

(50) Gaudemet, *Rev. trim. de Droit Civil*, 1930, p. 360.

(51) Note G. P., sous Cass. Civ., 8 janvier 1930, *D. P.*, 1930-1-51.

(52) Note de M. Gény, sous Cass. Civ., 8 janvier 1930, *Sir.*, 1930-1-257.

(53) Beudant, *Cours de Droit Civil français*, 2^e éd., T. III, L'Etat et la Capacité des Personnes, avec la collaboration de André Breton. Paris, 1936.

(54) Bastian, note sous Caen, 20 juin 1935, *Sir.*, 1936-2-129.

héroïque, dit DEMOLOMBE (55), quel que soit le motif qui ait porté le mari à contracter ce mariage, la loi ne veut pas qu'on le recherche ; elle veut, au contraire, l'ignorer ; aux yeux de la loi, le mari est le père de l'enfant dès qu'il se tait ; cette présomption est irréfragable ». Sans doute, comme l'ajoute cet auteur, « il est triste que ce voile sur les faits antérieurs au mariage puisse cacher le fruit de l'adultère ». Mais « quelle est la règle générale même la plus salubre qui ne comporte pas certaines applications regrettables ? »

Les auteurs modernes tirent encore argument de toute la législation qui, depuis un demi-siècle, a favorisé la légitimité, permettant à un grand nombre d'enfants adultérins d'entrer dans la famille. En un mot, la théorie qui fait de la naissance en mariage une source de légitimité correspond à tout le mouvement d'idées qui entraîne les esprits vers une conception plus large de la famille.

Entendons-nous bien : depuis le Code Civil jusqu'en 1930, la discussion a porté uniquement sur le point de savoir si l'enfant né en mariage quoique conçu auparavant était légitime ou légitimé.

Les auteurs ne se sont pas demandés si la naissance en mariage pouvait toujours constituer une source de légitimité indépendante de la conception. Le débat a été circonscrit autour de l'article 314 du Code civil. Les auteurs anciens ont eu une vue un peu étroite du problème ; ils se sont tenus au texte même du Code qu'ils ont cherché à expliquer. Ils s'accordent à peu près tous pour dire qu'en vertu de l'article 312 du Code Civil la filiation légitime est déterminée en principe par la conception ; « ils prétendent seulement qu'il y a une excep-

(55) Demolombe, *Code Napoléon*, tome 5, n° 61.

tion au profit de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage ». D'après eux, cet enfant n'est d'ailleurs réputé légitime qu'en vertu d'une fiction de la loi. DEMOLOMBE s'exprime ainsi : « J'irais presque jusqu'à dire que, par une sorte de fiction ou plutôt de fin de non-recevoir, la loi présume conçu pendant le mariage tout enfant né depuis le mariage, dès que le mari ne dit rien ». Ce n'est donc pas à proprement parler la naissance en mariage qui, indépendamment de toute autre cause, produit la légitimité. C'est plutôt la naissance au cours du mariage qui, sauf dénégation de la part du mari de la mère, fait présumer la conception en mariage.

Quoi qu'il en soit, les auteurs ont tiré de cette thèse les conséquences suivantes :

1°) L'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage est soumis seulement à une action en désaveu, exclusivement réservée au mari de sa mère. Les tiers ne peuvent jamais intervenir.

2°) Par le fait même toute action en contestation de légitimité est interdite. La conception adultérine de l'enfant ne pourra jamais être prouvée.

3°) Tout en admettant que cet enfant bénéficie de la légitimité, celle-ci ne prend effet qu'à dater du jour du mariage. Elle n'est pas rétroactive. Comment un enfant conçu hors mariage peut-il être légitime avant le mariage même de ses parents ? C'est faire produire des effets à une cause avant même qu'elle existe.

§ 2. — LA JURISPRUDENCE :

Depuis le Code Civil jusqu'en 1930, la jurisprudence des Cours d'appel et des Tribunaux s'est presque toujours ralliée à cette opinion.

Un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 16 juin 1831 (56), confirmant par adoption de motifs un jugement du Tribunal civil de la même ville du 23 décembre 1829 (57), a été interprété diversement par les auteurs ; il nous apparaît cependant décisif. Les circonstances se présentaient ainsi :

Georges UTTARD, qui avait eu plusieurs enfants de sa première femme, décédée le 21 janvier 1824, se remaria dès le 28 mai suivant. Le 12 juillet de la même année, sa nouvelle épouse mit au jour un enfant inscrit sur les registres de l'état civil sous le nom de HENRI, fils de Georges UTTARD et de Françoise RIBERT, sa femme. Après la mort de Georges UTTARD, les enfants du premier lit, représentés par leur tuteur, déclarèrent à la veuve UTTARD que HENRI, n'étant né que 171 jours après la dissolution du premier mariage, devait être considéré comme adultérin. Ils assignèrent en conséquence la veuve UTTARD prise tant en son nom personnel que comme mère et tutrice de HENRI, pour voir ordonner que l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil sous le nom de Henri, fils de Georges UTTARD, sera radié en tant qu'il porte le nom de : fils de UTTARD. Le Tribunal puis la Cour décidèrent que la demande, telle qu'elle était formée, était « une contestation élevée contre la légitimité d'un enfant en possession d'état d'enfant légitime, laquelle rentre dans les termes des articles 317 et 318 du Code Civil » ; qu'il s'agissait, en réalité, d'une action en désaveu, laquelle devait être nécessairement dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant (art. 318 C. Civ.). Faute d'avoir exercé l'instance sans avoir mis en cause ce tuteur *ad hoc*, les enfants du premier lit

(56) C. app. Colmar, 16 juin 1831, *Sir.*, 1831-2-336, et *Dalloz*, Répertoire de Législation, V¹ Paternité et filiation, en note, p. 221, sous le n^o 272.

(57) Même référence.

furent déboutés de leur demande. Que faut-il penser de cette décision ?

Certains arrêristes (58) estiment qu'il n'y a rien à en conclure ; que les juges ont seulement utilisé une fin de non-recevoir tirée de ce que l'action n'a pas été exercée contre un tuteur *ad hoc*. C'est là, à notre sens, minimiser la portée de cet arrêt ; un objet plus important est en jeu : celui de savoir si Henri UTTARD est enfant légitime. Comme l'explique DEMOLOMBE (59), les adversaires de l'enfant dont l'état était litigieux, procédaient par simple action en rectification de l'acte de naissance, car ils disaient : « Cet enfant est adultérin il n'a pas pu être légitimé et nous n'avons pas besoin contre lui du désaveu. » La Cour leur répond : « Non ; cet enfant est légitime parce que né dans le mariage ; en vertu de l'article 314 du Code civil, la seule action que vous puissiez exercer contre lui est l'action en désaveu soumise, d'après l'article 318 du Code, à certaines règles dont la présence d'un tuteur *ad hoc*. Si vous ne vous conformez pas à ces règles, votre instance sera irrecevable. » Telle nous apparaît être la signification de cet arrêt.

C'est également ce qu'a compris le rédacteur du titre : *De la Paternité et de la Filiation* au *Répertoire de Législation de Dalloz* (60) ; considérant l'enfant né dans les 180 premiers jours comme légitimé, il en conclut que toute personne intéressée a le droit de contester sa légitimité et il critique l'arrêt de la Cour de Colmar.

Dans un domaine voisin, celui de la légitimation, la Cour de Grenoble a répondu à cette question : l'enfant

(58) Note Am. Boullanger, sous Grenoble 19 février 1868, *Sir.*, 1868-2-97. Note Ortlieb sous Poitiers, 19 juillet 1875, *Sir.*, 1876-2-161.

(59) Demolombe, *C. Nap.*, T. 5, n° 63 *in fine*.

(60) Dalloz, *Répertoire de Législation*, V¹ Paternité et Filiation p. 188, n° 82 *in fine*.

dont la conception a eu lieu dans l'inceste et la naissance à un moment où ses parents étaient libres de se marier est-il incestueux ?

Si oui, la légitimation sera impossible.

Le 8 mars 1838, la Cour de Grenoble (61) a rendu un arrêt aux termes duquel « l'enfant né d'un oncle et de sa nièce peut-être légitimé par mariage subséquent ». Il est vrai que l'espèce était particulièrement favorable ; la naissance était postérieure aux dispenses obtenues par les parents et il existait des enfants nés du même père et de la même mère qui, eux, avaient les droits d'enfant légitime.

Ces considérations ont certainement influé sur l'esprit des juges ; mais cet arrêt est sérieusement motivé en droit ; Voici deux « attendu » particulièrement intéressants.

« Attendu, d'ailleurs, qu'il est de règle, en ce qui concerne ces enfants, *que l'on doit consulter le moment de la naissance ou de la conception suivant que leur intérêt et leur utilité l'exigent, lorsqu'il n'y a pas empêchement absolu au mariage.*

Qu'en effet si Antoine ANDRE (l'enfant dont la conception est incestueuse) fût né après le mariage, bien que conçu longtemps avant, la question n'aurait pu être agitée et n'aurait pu donner lieu de la part du père qu'à une action en désaveu de paternité. »

Si le second attendu est fort intéressant en ce qu'il précise les rapports étroits qui existent entre légitimité et légitimation, le premier l'est peut-être encore plus. Voilà une idée nouvelle au XIX^e siècle : celle qui permet de prendre en considération, soit le moment de la conception, soit celui de la naissance, pour déterminer la qualité de la filiation. Et l'enfant pourra choisir l'une ou l'autre

(61) Grenoble, 8 mars 1838, Dalloz, *Répert. Législation*, V¹ Paternité et Filiation, p. 312, note 1, sous le n^o 460.

des deux dates suivant que son intérêt ou son utilité l'exigent.

Des arrêts ultérieurs reprendront et développeront cette idée.

Depuis cette époque jusqu'aux arrêts de la Chambre Civile de la Cour de Cassation de 1869, les Tribunaux auront plusieurs fois à décider de l'état de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage.

Trois espèces furent évoquées devant les juges (Tribunal Civil de Bar-le-Duc, 22 février 1862 (62), Tribunal Civil d'Annecy, 17 décembre 1868, et Cour de Chambéry, 15 juin 1869 (63), Cour de Grenoble, 19 février 1868 (64). Ce dernier arrêt a été rendu dans l'affaire CHARRETON qui donna lieu ensuite à un arrêt en sens contraire de la Cour de Cassation.

A peu de choses près, les faits soumis au Tribunal de Bar-le-Duc et à la Cour de Grenoble sont identiques : il s'agit d'un enfant né en mariage mais présumé conçu à une époque où son père était encore engagé dans les liens d'un autre mariage. La qualité d'enfant légitime lui est contestée dans l'un des cas par un frère né du même père et de la même mère, dans l'autre cas par ses oncle et tante (frère et sœur du défunt).

Seule, la Cour de Grenoble invoque comme arguments les déclarations faites par PORTALIS et REGNAUD de SAINT-JEAN-D'ANGÉLY lors des travaux préparatoires du Code Civil : « Attendu qu'il résulte de ce langage du législateur que l'enfant né dans le mariage, quelle que soit l'époque de sa conception, est de plein droit légitime en vertu d'une présomption de paternité protectrice de

(62) Trib. Civ. Bar-le-Duc, 22 février 1862, *D. P.*, 1862-3-57.

(63) Trib. Civ. Annecy, 17 décembre 1868 et C. Chambéry, 15 juin 1869, *D. P.*, 1869-2-188.

(64) Grenoble, 19 février 1868, *D. P.*, 1868-2-128.

l'honneur du mariage ». Les autres arguments sont communs aux deux ou trois décisions ; ils sont tirés, d'une part, des textes et d'autre part, de considérations morales et sociales. Devant le Tribunal de Bar-le-Duc et la Cour de Grenoble, les adversaires de l'enfant appelaient à l'appui de leur thèse l'article 331 du Code Civil qui prohibe la légitimation des enfants adultérins. Mais les juges leur répondirent que « l'article 331 placé dans le chapitre III du titre 7 consacré aux enfants nés hors mariage ne peut s'appliquer aux enfants nés dans le mariage, auxquels les deux chapitres précédents ont fait une situation spéciale empreinte de la faveur qui s'attache au mariage ».

Outre l'argument (reproduit par la Cour de Chambéry) tiré de l'intitulé du chapitre I (du titre 7 du Code) l'argument de texte le plus sérieux dont font état ces décisions est celui qui se fonde sur l'article 314.

La Cour de Grenoble développe le raisonnement de la manière suivante :

L'action en désaveu accordée au mari seul par l'article 314 a pour conséquence l'exclusion de toute autre action pour les tiers ; « lorsque la loi a voulu concéder aux tiers l'action en contestation de légitimité, elle l'a dit expressément » ; d'où la conclusion que l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage « est protégé contre les tiers par sa *qualité d'enfant légitime* qui ne peut être atteinte que par le désaveu du mari ». En conséquence, la Cour de Grenoble rejette l'action en contestation de légitimité intentée par les oncle et tante paternels de l'enfant. Et l'explication de l'article 314 est donnée par les juges de Bar-le-Duc ; la loi, disent-ils, a entendu « couvrir par le mariage le vice de la conception ».

Il est en effet des considérations plus générales qui militent fortement dans le même sens que les textes ; les

magistrats considèrent l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage comme couvert par « une *présomption légale de paternité légitime* » établie dans l'intérêt des familles et des enfants eux-mêmes.

Ils développent ainsi leur pensée : s'il peut se produire quelquefois l'exception regrettable pour la morale d'un enfant né dans les 180 premiers jours du mariage, dont la conception a été adultérine, ce cas très rare ne saurait suffire à introduire une distinction arbitraire dans l'article 314 ; en effet, *pour l'honneur et le repos des familles*, le législateur a expressément maintenu à l'enfant adultérin non désavoué la qualité d'enfant légitime que les tiers ne sont jamais admis à contester. Si cet enfant non désavoué garde sa place dans la famille, ce ne peut être par la faveur d'une légitimation tacite, mais parce qu'il s'abrite sous la *présomption de légitimité*, la seule admissible pour l'article 314 comme pour l'article 312, que le législateur a sagement créée comme une *sauvegarde de l'intérêt de l'enfant et de la dignité du mariage*. Les recherches tendant à établir l'adultérinité de l'enfant par la fixation de l'époque de la conception provoquerait le scandale à l'intérieur des familles ; il faut avant tout les proscrire.

N'est-il pas odieux par exemple de voir un frère contester la légitimité d'un enfant né de la même union que lui, en fondant son action sur la dénonciation d'une faute commune à l'un et l'autre des époux ? N'est-il pas scandaleux de permettre à un enfant de s'ériger en propre juge de ses parents ? (65)

Le jugement de Bar-le-Duc et l'arrêt de Grenoble sont donc basés essentiellement sur des considérations de fond ; sur des raisons profondes d'ordre moral et

(65) V. note sous Trib. Civ. Bar-le-Duc, 22 février 1862, *D. P.*, 62-3-57.

d'ordre social. Il est impossible de ne pas en voir dès maintenant toute la portée.

Après 1869, la plupart des Cours d'Appel vont maintenir la position prise antérieurement par la jurisprudence.

Le 19 juillet 1875, la Cour d'Appel de Poitiers (66) décide qu'un enfant né six semaines après la célébration du mariage est légitime. Et pourtant l'espèce n'était nullement favorable à l'admission de la légitimité : Un sieur Jean MARSULT avait donné tous ses biens à son fils Pierre ; voulant bientôt obtenir la révocation de cette donation, il se marie avec une fille enceinte qui accouche environ six semaines après le mariage. Peu de temps après, il assassine sa bru, le père de sa bru, un de ses voisins et il est condamné à mort par la Cour d'Assises de Vienne. Sa veuve intente contre Pierre MARSULT une action, au nom de son enfant, tendant à obtenir la réduction de la donation faite par Jean MARSULT à son fils comme dépassant la quotité disponible. Le défendeur conteste la légitimité de l'enfant. La Cour d'Appel de Poitiers admet cependant la légitimité en invoquant les arguments habituels.

Le 23 novembre 1906, la Cour de Cassation de Belgique (67) se prononça, elle aussi en faveur de la légitimité de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage quoique conçu dans l'adultère ; les raisons qu'elle donne sont uniquement des raisons de droit. Elle tire argument des textes du Code Civil relatifs à la matière.

A la suite de la Cour d'Appel de Paris, la Chambre

(66) Poitiers, 13 juillet 1875, *D. P.*, 1876-2-28 ; *Sir.*, 1876-2-161, avec note Ortlieb.

(67) C. Cass. Belgique, 29 novembre 1906, *Sir.*, 1910-4-18, avec les conclusions de M. le Premier Avocat Général Terlinden.

Civile de la Cour de Cassation va finir par céder à tout ce mouvement de résistance entamé contre la jurisprudence élaborée en 1869. C'est l'arrêt DEGAS (68) rendu le 8 janvier 1930 par la Cour de Cassation qui établira ce revirement marqué de jurisprudence.

Tel est l'aboutissement de tout le courant d'idées qui s'est manifesté depuis le milieu du XIX^e siècle.

Certaines précisions sont nécessaires :

L'arrêt DEGAS (69) est un arrêt de principe qui ne se contente pas de donner une explication de l'article 314 mais qui envisage la question d'une façon beaucoup plus large; il formule cette règle générale : la naissance en mariage constitue, indépendamment de toute autre cause, une source de légitimité.

Le 17 juin 1869, René DEGAS, Français établi aux Etats-Unis d'Amérique du Nord, avait épousé à la Nouvelle-Orléans Estelle MUSSON dont il eut cinq enfants.

Mais, en 1877, il abandonne son foyer conjugal pour suivre sa maîtresse, America DURIVE, de nationalité américaine, elle-même mariée avec Léonce OLIVIER. Ce n'est que le 14 janvier 1879 devant la Cour d'Appel de la Nouvelle-Orléans, que les époux délaissés, Estelle MUSSON et Léonce OLIVIER obtiennent, chacun de leur côté, le divorce pour adultère, cause de divorce prévue par la loi locale.

Les deux fugitifs, René DEGAS et America DURIVE, s'empressent de contracter mariage le 6 février 1879, à

(68) Cass. Civ., 8 janv. 1930, *D. P.*, 1930-1-51.

(69) Trib. Civ. Seine, 6 février 1924 (*Rev. trim. Dr. Civ.*, 1924, p. 659 et s., étude Gaudemet).

C. app. Paris, 31 déc. 1925 (*Rev. trim. Dr. Civ.*, 1926, p. 378 et s., étude Gaudemet, *D. H.*, 1926-58 ; *Gaz. Pal.*, 1926-1-468).

C. Cass. Ch. Civ., 8 janv. 1930 ; *D. P.*, 1930-1-51, avec note *G. P.* ; *Sir.*, 1930-1-257, avec note de M. Gény ; *Sem. Jurid.*, 1930-350, avec note Besson ; *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1930, p. 360 et suiv., note Gaudemet.

New-York et 167 jours après la célébration de cette union leur naît un enfant, Maurice DEGAS. D'autres enfants naîtront par la suite de ce mariage. Puis René DEGAS, qui a rompu toute attache avec le passé, vient s'établir en France avec sa seconde femme. Il y meurt seulement en 1921 léguant toute sa fortune aux enfants nés du second lit. C'est alors qu'un procès va naître entre les enfants du premier lit, restés en Amérique et ceux du deuxième mariage. Ceux là vont arguer de la nullité du mariage contracté le 6 février 1879 à New-York entre René DEGAS et America DURIVE. Et ils en concluent que les enfants nés ou conçus depuis la célébration de ce mariage n'ont aucun droit sur la succession de leur père.

Que le mariage en question ait été nul, ce point n'est pas discuté ; en effet, pour obtenir la célébration de leur mariage dans l'Etat de New-York en évitant l'empêchement prohibitif fondé par la législation de cet état sur la complicité d'adultère, René DEGAS et America DURIVE avaient dû dissimuler les deux divorces antérieurement prononcés par la Cour de la Nouvelle-Orléans et affirmer que leurs mariages antérieurs avaient été dissous par le prédécès de leurs conjoints (ceci pour ne pas révéler leur double adultère et leur complicité qui aurait fait apparaître l'empêchement de mariage). A première vue, cette circonstance apparaît exclusive de toute bonne foi.

Si les faits étaient manifestement connus des deux époux, n'avaient-ils pas pourtant commis une erreur de droit ? N'avaient-ils pas ignoré que « la loi française, alors en vigueur, interdisait le divorce à ses ressortissants et que le Français, même ayant résidé plusieurs années en Amérique restait régi par son statut personnel qui lui imposait cette interdiction ? » L'ignorance de cette cause de nullité, assez vraisemblable de

la part de la femme en qualité d'Américaine l'était beaucoup moins de la part du mari en sa qualité de Français». Mais aux termes de l'article 202 du Code Civil, il suffit que la bonne foi existe du côté d'un seul des deux parents pour qu'il y ait mariage putatif au profit des enfants.

C'est pourquoi, tout en déclarant nul le mariage contracté le 6 février 1879 par René DEGAS et America DURIVE, la Cour d'Appel de Paris puis la Cour de Cassation donnèrent à cette union le caractère d'un mariage contracté de bonne foi. Comme se le demande M. GAUDEMET dans un savant article paru à la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* de 1930, « ce caractère permettait-il de reconnaître la légitimité non seulement des deux enfants conçus au cours du mariage, mais même de leur frère aîné Maurice DEGAS, né le 23 juillet 1879, avant le 180^e jour du mariage et conçu par conséquent avant la célébration ? » Ce mariage qui reposait uniquement sur la bonne foi des conjoints pouvait-il produire des effets vis-à-vis des enfants incestueux ou adultérins ? La Cour de Cassation décida que le mariage devait avoir tous les effets d'une union régulière.

Remarquons, au passage, toutes les dispositions favorables que le juge manifeste dans cet arrêt en faveur de la légitimité ; suivant en cela une jurisprudence bien établie (70), il admet, au cas de nullité de mariage, la présomption de bonne foi de la part des époux et, d'autre part, il assimile le mariage putatif au mariage régulièrement contracté à l'égard des enfants conçus ou seulement nés dans le mariage. Ainsi que le fait remarquer M. GENY à la fin de sa note au *Sirey* de 1930, on est en

(70) (*Rép. prat.*, V^o Mariage, n^o 645 ; Planiol et Ripert, *Traité prat. de Dr. Civil*, t. 2 ; *La famille*, par André Rouast, n^o 320 ; Civ., 5 nov. 1913, *D. P.*, 1914-1-281 ; note G. P., sous Civ., 8 janvier 1930, *D. P.*, 1930-1-51.)

présence d'une tendance de la jurisprudence à admettre plus facilement la légitimité de l'enfant adultérin.

Après ces premières explications il est possible de faire abstraction du caractère putatif du mariage. Les données du problème se simplifient ; elles aboutissent à ceci : Maurice DEGAS né 167 jours après la célébration du mariage de ses parents peut-il légalement prendre place dans la famille légitime ? Le problème se pose de la même manière qu'en 1869. Comme le note M. GENY, il n'y a pas de différences essentielles entre les arrêts précédents et celui-ci. L'éminent professeur souligne cependant les quelques points originaux à l'arrêt DEGAS, qui d'ailleurs n'imposaient nullement une solution différente de celle admise antérieurement.

Sans doute, était-il à remarquer que le divorce entraînant la dissolution des premiers mariages avait été prononcé le 14 janvier 1879 et que l'enfant était né le 23 juillet de la même année, c'est-à-dire plus de 180 jours après la dissolution des premiers mariages.

Par conséquent, le caractère adultérin de l'origine de l'enfant n'était pas absolument inéluctable. M. GENY fait très judicieusement remarquer que si cette observation peut avoir quelque portée en ce qui concerne la mère, américaine, elle ne peut en avoir aucune relativement au père de nationalité française. Le divorce prononcé contre lui le 4 janvier 1879 par la Cour d'Appel de la Nouvelle-Orléans pour cause d'adultère ne pouvait produire aucun effet à son égard ; restant soumis à son statut personnel, la première union qu'il avait contractée avec Estelle Musson n'était pas dissoute vis-à-vis de lui (en 1879, le divorce n'était pas encore admis par la loi française). C'est pourquoi la Cour de Cassation n'invoquera pas ce motif à l'appui de sa décision.

La Cour de Paris observe en outre que les circons-

tances de fait trouvées dans la cause démontrent que Maurice DEGAS ne peut être issu des œuvres du premier mari ; qu'il est certainement l'enfant du second. Et elle paraît en tirer argument en faveur de sa légitimité. Mais la Cour de Cassation n'a pas repris cet argument et c'est à juste titre car, dit M. GENY, « cette circonstance qui ne faisait qu'affirmer l'origine adultérine de l'enfant ne pouvait suffire à le rattacher au deuxième mariage ».

N'y avait-il pas encore d'autres contingences qui auraient pu imposer en quelque sorte la solution donnée par l'arrêt DEGAS ? On a fait remarquer que la thèse de la légitimation avait pour conséquence en l'espèce d'écarter de la famille Maurice DEGAS ; qu'en effet, à cause de la présence d'enfants légitimes issus du mariage DEGAS-MUSSON, le nouvel article 331-3° empêchait sa légitimation. Sans doute on peut penser que les juges ont été impressionnés par cette considération qu'il existait plusieurs enfants légitimes nés du second mariage, autres que Maurice DEGAS ; qu'en excluant celui-ci de la famille, ils créeraient une situation différente à des frères et sœurs nés de la même union. La Cour a estimé en effet « qu'entre enfants nés au même foyer et jouissant de la même possession d'état, la loi (n'a) voulu introduire aucune distinction fondée sur la date respective de leur conception ». Mais telle n'est pas la pierre angulaire de l'argumentation soutenue par la Cour de Cassation en 1930 : « C'est une circonstance étrangère aux éléments essentiels du problème ».

Qu'on ne minimise donc pas la portée de l'arrêt DEGAS en soutenant qu'il a été rendu dans des conditions absolument exceptionnelles. Tenir un pareil raisonnement serait tout à fait inexact car les circonstances dans lesquelles se présentait l'affaire ne différaient sensiblement pas de celles des arrêts précédents.

Qu'on ne dise pas non plus que l'arrêt DEGAS concernait un cas très particulier : celui de l'article 314 en dehors duquel devait toujours jouer l'article 312 ; qu'on doit appliquer cet arrêt d'une façon restrictive, la solution qu'il donne étant dérogatoire au droit commun. Il suffit de se reporter au texte de l'arrêt pour se rendre compte de l'inanité d'une semblable argumentation. Avant, en effet, d'envisager la solution particulière de l'enfant né dans le mariage mais conçu auparavant, la Cour de Cassation pose cette règle générale que « tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime quelle que soit la date de sa conception ».

En réalité, l'arrêt du 8 janvier 1930 est un arrêt de principe d'une importance considérable qui marque un revirement complet de jurisprudence. Rarement pareil changement s'est manifesté en termes plus nets et plus impressionnants. La Cour de Cassation n'invoque même pas des arguments de textes ; elle se base uniquement sur des considérations de fond, morales et sociales.

Après avoir établi le nouveau principe suivant lequel la naissance dans le mariage est une source de légitimité indépendamment de la date de conception de l'enfant, les juges expliquent pourquoi l'enfant né dans le mariage mais conçu auparavant, est légitime. C'est, disent-ils, « moins à raison de l'intention présumée chez ses parents de lui conférer par mariage le bénéfice d'une légitimation, qu'en vue de sauvegarder par une fiction légale la dignité du mariage et l'unité de la famille ». Ainsi, l'intention présumée des parents au moment de la célébration du mariage, ne peut avoir qu'un rôle tout à fait secondaire ; il s'agit d'une question d'état pour laquelle la volonté ne saurait être un élément essentiel. Au principe de la légitimation par reconnaissance tacite admis jusqu'alors par la jurisprudence de la Cour de Cassation

est substitué celui de la légitimité fondé sur des raisons de haute convenance morale et des nécessités sociales de l'unité de la famille.

Si l'on compare les motifs des arrêts de 1869 et de 1930 on se rend compte de toute l'importance de ce dernier. Et pourtant, ainsi que l'a dit M. GAUDEMET (71) le matériel législatif était le même aux deux époques, la doctrine n'avait sensiblement pas évolué... L'arrêt DEGAS que l'on a pu présenter comme l'un des plus remarquables des temps modernes est une décision mûrement et profondément réfléchie, sur la portée de laquelle on ne saurait trop insister. Elle se relie à la jurisprudence créée par la Cour d'appel de Grenoble et le Tribunal civil de Bar-le-Duc antérieurement aux arrêts de 1869. N'étaient-ce pas déjà les mêmes arguments de morale et de sociologie qu'invoquait la Cour de Grenoble le 19 février 1868 quand elle faisait reposer la légitimité de l'enfant né dans le mariage sur « l'honneur et le repos des familles », sur la « dignité du mariage ». Reprenant ces considérations, l'arrêt DEGAS est l'aboutissement de tout le mouvement de résistance préparé depuis 1869 par les Cours d'Appel.

*
**

D'après cette thèse, est donc légitime tout enfant né dans les 180 premiers jours du mariage : solution commandée par l'article 314 du Code civil.

Mais quel est le fondement de cette légitimité ?

Certains auteurs anciens : DEMOLOMBE (72), LAU-

(71) Gaudemet, *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1930, p. 360 et suiv. « Chronique de jurisprudence française en matière de droit civil ».

(72) Demolombe, *Code Napoléon*, T, 5, n° 60.

RENT (73), n'attribuent pas la légitimité au fait de la naissance considéré indépendamment de toute autre condition. L'enfant, disent-ils, est légitime parce que la naissance en mariage fait présumer que la conception a eu lieu en mariage si le mari se tait. C'est un report fictif de la conception à une date postérieure au mariage. En conséquence la légitimité ne peut pas rétroagir antérieurement au mariage puisqu'elle a pour fondement la présomption que l'enfant a été conçu depuis le mariage.

Cette explication nous semble contraire au bon sens car elle consiste à présumer l'existence de la conception à une époque où il est impossible qu'elle ait eu lieu. Une présomption ne peut pas aller à l'encontre de la réalité.

Au contraire, doctrine et jurisprudence fondent aujourd'hui la légitimité sur la nécessité d'assurer « la dignité du mariage et l'unité de la famille ». La légitimité est « un forfait légal » attaché à la naissance en mariage, abstraction faite de toute référence à la loi physiologique.

Ce système est conforme aux données de la raison. « Rationnellement, écrit M. BEUDANT (74), tout enfant dont les parents se sont mariés avant la naissance doit naître légitime car on doit présumer que le mariage a été conclu en vue de cette naissance. Il n'y a rien d'illogique à qualifier légitime une naissance qui a été acceptée et envisagée préalablement au mariage. Quand l'enfant naît au début du mariage il est vraisemblable en effet que le mariage a été déterminé par la grossesse. « Cet enfant appartient donc au mariage car, ou il en est la cause, ou il a été conçu depuis » disait BÉRANGER lors de la discussion du projet de Code Civil.

(73) Laurent, *Principes de Droit Civil français*, T. 3, n° 385.

(74) Beudant, *Cours de Droit Civil français*, T. III, L'Etat et la Capacité des personnes, n° 1013.

Dans son intérêt propre, l'enfant né au cours du mariage, doit être assuré d'une protection légale. Il jouit, en effet, d'une « possession d'état » d'enfant légitime qu'on ne saurait lui ôter sauf si son intérêt ou celui de ses parents l'exige. Cette légitimité est, en quelque sorte, « un acquêt de naissance » dont l'enfant recueille naturellement le bénéfice. La nature se révolte contre toute disposition qui tendrait à l'exclure du cadre familial ou à lui créer une situation inférieure.

Ce sont également « l'honneur et la dignité du mariage » qui sont en jeu. Si l'on permet aux tiers de rechercher, pour un intérêt quelconque, la date de la conception, c'est ouvrir la voie aux inquisitions les plus dangereuses à l'intérieur des familles.

Au début du xix^e siècle, on considérait qu'il était immoral, au premier chef, d'accorder la possibilité d'être légitime à un enfant qui avait été conçu dans l'adultère.

Mais n'est-il pas encore plus scandaleux de permettre, sous prétexte de conception adultérine, l'exclusion de la famille d'un enfant né en mariage et jouissant de la même possession d'état que ses frères et sœurs conçus en mariage ? N'est-ce pas créer entre eux des différences absolument injustes et arbitraires ?

Il nous apparaît, en effet, que la disposition de l'article 314 est une règle bienfaisante, protectrice de « l'honneur et du repos des familles », à laquelle il convient de laisser toute sa portée « sans la limiter par les éléments toujours douteux d'une filiation paternelle irrégulière ».

CHAPITRE IV

LE PRINCIPE DE L'ARRET DEGAS

Ses conséquences

CHAPITRE IV

PRINCIPE DE L'ARRÊT DEGAS

Ses conséquences

Ebauche d'une théorie générale de la Légitimité

L'arrêt DEGAS, particulièrement riche de substance, a une portée considérable ; il constitue le point de départ de toute une jurisprudence en voie d'élaboration. Le principe qui fait de la naissance en mariage une source de légitimité est désormais à la base de tout notre droit de la filiation.

SECTION I

LES CONSÉQUENCES TIRÉES DE L'ARRÊT DEGAS PAR LA JURISPRUDENCE

§ 1. — EXPOSÉ DE LA JURISPRUDENCE

Dans deux récents arrêts, la Cour de Cassation n'a-t-elle pas tiré de cette maxime générale des conséquences particulièrement intéressantes ?

Le 4 janvier 1935 (1), la Chambre Civile a eu à connaître d'une très curieuse affaire que la plupart des commentateurs ont rapprochée de l'arrêt DEGAS. Voici quelle a été la suite des faits qui a donné lieu au procès :

Le 23 mai 1930, le sieur HÉRANVAL, ouvrier, était victime d'un accident du travail alors qu'il était au ser-

(1) Rouen et Cass. Civ., 4 janv. 1935, *D. P.*, 1935-1-5, avec note de M. Rouast. *Sir.*, 1936-1-17, avec note de M. Esmein, *Gaz. Pal.*, 19 février 1935. *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1935, Chronique de jurisprudence en matière de droit français, par M. Gaston Lagarde, p. 627.

Et sur renvoi : Caen, 20 juin 1935, *Sir.*, 1936-2-129, avec note de M. Bastian. *Gaz. Pal.*, 1935-2-476. *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1935, Chronique de jurisprudence en matière de droit français, par M. Gaston Lagarde, p. 816.

vice de son patron. A cette date, il vivait avec une concubine ; le lendemain de l'accident, le 24 mai 1930, le mariage était célébré entre eux. Puis le 19 novembre 1930, l'ouvrier décéda des suites de son accident, et le 29 janvier 1931, c'est-à-dire 244 jours après le mariage et 245 jours après l'accident, sa femme accouchait d'un enfant du sexe féminin. Deux jours avant cette naissance, la mère avait formé contre le patron de son mari et la Compagnie d'assurances qui couvrait ce patron pour le risque : « Accidents du Travail » une demande de rente au nom de son enfant à naître ; elle basait son action sur l'article 3 de la loi du 9 avril 1898 :

« Lorsque l'accident est suivi de mort, une pension est servie aux personnes ci-après désignées, à partir du décès, dans les conditions suivantes :

« pour les enfants, légitimes ou naturels, reconnus avant l'accident, orphelins de père ou de mère, âgés de moins de 16 ans, une rente calculée sur le salaire annuel de la victime à raison de 15 % de ce salaire s'il n'y a qu'un enfant...»

La jurisprudence de la Cour de Cassation (2) interprète ce texte en ce sens que, l'accident étant la cause juridique de l'indemnité, seul l'enfant, né ou conçu au moment de l'accident, a droit à la rente.

En l'espèce, pour obtenir cette pension, la mineure HÉRANVAL — représentée par sa mère — se prétendait conçue au moment de l'accident et par conséquent rentrant dans le domaine d'application de l'article 3 de la loi du 9 avril 1898. Née 245 jours après l'accident j'ai, disait-elle, le droit d'invoquer les règles établies par le législa-

* (2) Civ., 1^{er} août 1906, *D. P.*, 1909-1-108 ; 24 avril 1929, *D. H.*, 1929-298. Sachet, 8^e édit., par Casteils, T. I, n° 561 (*Traité de la Législ. des accidents du travail*), Rouast et Givord, *Traité du droit des accidents du travail*, n° 251, p. 265.

teur sur la durée extrême de la grossesse; puisque la date de l'accident survenu à mon père — 23 mai 1930 — se trouve comprise dans la période de 300 jours ayant précédé ma naissance, je suis bien fondée à placer la date de ma conception à une époque antérieure à l'accident. Ce n'est là que l'application de la maxime : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ».

Mais la Cour de Rouen qui eut la première à connaître de l'affaire répondit : Aux termes de l'article 312 § 2 Code Civil, l'enfant né plus de 180 jours après la célébration ou moins de 300 jours après sa dissolution est réputé conçu dans le mariage et par conséquent légitime ; née 244 jours après le mariage de votre mère et ayant la possession d'état d'enfant légitime, vous ne pouvez pas être considérée comme ayant été conçue au moment de l'accident. Votre prétention est contradictoire : vous ne pouvez pas prétendre à la fois être légitime et être conçue avant le mariage de vos parents.

Au contraire, la Cour de Cassation fit droit à la prétention de la mineure HÉRANVAL.

Certains auteurs, (3), effrayés de la solution donnée par la Chambre Civile ont essayé d'en réduire l'importance théorique. La Cour de Cassation, disent-ils, n'a fait qu'interpréter un texte peu clair et mal rédigé : l'article 3 de la loi de 1898 ; si l'on appliquait à la lettre cet article qui accorde seulement une rente « pour les enfants, légitimes ou naturels, reconnus avant l'accident », il faudrait exiger une reconnaissance pour les enfants légitimes. Et M. Gaston LAGARDE de conclure : L'article 3 n'est fait que pour les enfants qui sont soumis à une

(3) Chron. de Jurisprudence en mat. de Dr. français, « Personnes et droits de famille », par M. Gaston Lagarde, dans *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1935, p. 816 et suivantes.

reconnaissance : c'est-à-dire les enfants naturels ou légitimés. Quant aux enfants légitimes, ils auront toujours droit à la rente s'ils sont nés dans le mariage ; pourquoi exiger pour eux cette condition non prévue d'une conception antérieure à l'accident ?

Cette thèse, si ingénieuse soit-elle, nous paraît indéfendable ; elle est contraire, en effet, à la jurisprudence qui, comme condition à l'obtention de la rente, exige, pour tous les enfants, aussi bien les légitimes que les autres, l'antériorité de la conception par rapport à l'accident. La Cour de Cassation eût-elle voulu modifier sa jurisprudence, elle l'eût indiqué d'une façon compréhensible. Or, les motifs sur lesquels elle appuie sa décision nous révèlent qu'elle n'a jamais eu l'intention de changer l'interprétation de l'article 3. Si, comme le pense M. LAGARDE, la date de conception de l'enfant importe peu en l'espèce, pourquoi l'arrêt, dans son dernier alinéa, recherche-t-il quelle est l'époque de cette conception et si elle est antérieure à l'accident ?

« Attendu, est-il dit, que la période légale de la conception est de 300 jours avant la date de la naissance aux termes de l'article 312 du Code Civil ; que, par application de cette présomption légale qui s'impose aux juges, la date de l'accident — 23 mai 1930 — se trouve comprise dans ladite période de 300 jours... ». Que la Cour ait fait état de la date de la conception, cela résulte encore de cet autre motif : « attendu que l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né en tant que son intérêt l'exige, quant à l'obtention de la rente due en cas d'accident du travail ».

Il est donc impossible de ne voir dans l'arrêt HÉRANVAL qu'une interprétation nouvelle de l'article 3 de la loi de 1898. Il est peut-être permis de souhaiter, avec M. le

Professeur ROUAST (4), un changement de jurisprudence en ce sens. Ce qui est certain, c'est que telle ne fut pas l'intention du juge.

Si nous essayons d'analyser l'arrêt, nous voyons que toute son argumentation se réduit à l'application de la règle : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ». La Cour permet à la mineure HÉRANVAL de faire jouer à son profit la présomption la plus longue de grossesse et de placer ainsi sa conception antérieurement à l'accident de son père : ce qui lui donne droit, dit-elle, à la rente d'accident du travail. Il est bien entendu, d'autre part, que la légitimité de l'enfant née 244 jours après le mariage ne fait aucun doute.

Comme l'a fait M. BASTIAN (5), on est logiquement amené à se poser la question suivante à laquelle les magistrats ont eu à répondre implicitement : « un enfant né plus de 179 jours et moins de 300 jours après la célébration du mariage, peut-il, tout en conservant sa qualité d'enfant légitime, se prétendre conçu avant le mariage ? »

En répondant affirmativement à cette question, la Cour de Cassation a-t-elle eu à se prononcer dans la controverse classique opposant ceux qui attachent seulement la légitimité à la conception dans le mariage à ceux au contraire qui considèrent également la naissance dans le mariage comme une source de légitimité ?

Si, en l'espèce, la mineure HÉRANVAL est réputée légitime, c'est, soit par application de l'article 312 du Code Civil : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari », soit parce qu'on considère sa naissance dans le mariage suffisante pour établir sa filiation légitime.

(4) Note de M. Rouast, *D. P.*, 1935-1-5, sous Cass. Civ., 4 janv. 1935.

(5) Bastian, note *Sir.*, 1936-2-129, sous Caen, 20 juin 1935.

Admettons la première hypothèse vraie ; l'enfant est légitime parce qu'on place la date de sa conception après le mariage célébré le 24 mai 1930. Mais, d'autre part, pour accorder à l'enfant le droit à la rente, on la prétend conçue au moment de l'accident du travail, c'est-à-dire avant le mariage, avant le 24 mai 1930. Ainsi, en faisant jouer la présomption de grossesse dans deux sens différents suivant que l'intérêt de l'enfant l'exige, on aboutit à placer la date de conception à deux époques différentes : l'une antérieurement au mariage, l'autre postérieurement.

Peut-on vraiment admettre qu'un enfant soit considéré en même temps comme conçu avant et après le mariage de ses parents selon les points de vue auxquels on se place ?

Poser la question c'est la résoudre. « Il est évident que l'enfant ne peut simultanément faire valoir une conception dans le mariage pour être légitime et une conception antérieure au mariage pour faire valoir le droit à la rente de la loi de 1898 ». Tels sont les termes même employés par M. BASTIAN (6). M. ROUAST (7) n'est pas moins catégorique ; il base, en outre, son opinion sur des considérations juridiques : il tire argument du droit des successions., « La plupart des auteurs (8) admettent, dit-il, que les présomptions légales sur la durée extrême des grossesses, qui entraînent la légitimité, jouent d'une manière *indivisible* pour la question de vocation héréditaire ». Or, conclut-il, elles doivent jouer également d'une manière indivisible pour la question de droit à une rente d'accident du travail. De même qu'il n'est pas per-

(6) Bastian, note sous C. app. Caen, 20 juin 1935, *Sir.*, 1936-2-129.

(7) André Rouast, note sous Cass. Civ., 4 janv. 1935, *D. P.*, 1935-1-5.

(8) Aubry et Rau, 5^e éd., t. 9, § 592, p. 405 ; Colin et Capitant, t. 3, n^o 609 ; Planiol et Ripert, t. 4, n^o 27. *Contra* : Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 1, n^o 180.

mis de contester la qualité de succéder d'un enfant légitime né après l'ouverture d'une succession sans contester en même temps sa qualité d'enfant légitime, de même est-il absolument contradictoire de placer la conception de l'enfant à deux dates différentes. Si, pour avoir droit à la rente d'accident du travail, l'enfant peut invoquer à son profit les règles sur la durée extrême de la gestation (ce qui d'ailleurs est contestable, mais la discussion nous entraînerait hors du sujet), du moins cette présomption est-elle unique. Il serait absolument illogique et contraire au bon sens de donner à l'enfant deux dates de conception.

Cependant, M. Paul ESMEIN (9) répond : Sans doute cette règle ne satisfait pas l'esprit de logique. Mais il est bien d'autres solutions juridiques qui donnent une entorse à la logique. « Traiter une personne ou un même acte différemment suivant le rapport envisagé est un procédé familier aux juristes. Il leur permet, tout en conservant à cette personne ou à cet acte le caractère fondamental qui leur a été attribué et auquel correspondent des solutions toujours jugées satisfaisantes de donner d'autres solutions estimées désirables mais qui ne peuvent être rattachées au même caractère ». Par exemple, en principe la constitution de dot est traitée tantôt comme acte à titre gratuit, tantôt comme acte à titre onéreux.

La réponse ne nous semble pas absolument concluante. Qu'un acte produise des effets différents selon le rapport pris en considération, c'est possible. Ainsi, d'après la doctrine traditionnelle, la conception dans l'adultère interdit en principe toute reconnaissance de l'enfant ; elle lui donne cependant droit à des aliments.

(9) Paul Esmein, note sous Cass. Civ., 4 janvier 1935, *Sir.*, 1936-1-17 et suivants.

Mais ce qui nous paraît une « hérésie juridique », c'est de placer simultanément à deux époques distinctes un acte qui n'a pu avoir lieu qu'à l'une d'elles. Aucun argument d'analogie ne peut justifier semblable solution.

D'ailleurs M. Paul ESMEIN reconnaît lui-même que les considérations qu'il fournit permettent seulement d'atténuer les scrupules qu'on ressent à accepter une entorse à la logique et, à la fin de son article, il explique que permettre à l'enfant de se considérer à la fois comme conçu avant et après le mariage conduit parfois à des résultats contre lesquels se révolte le sens de l'ordre. Par exemple, un enfant pourrait prétendre d'une part à la succession du mari de sa mère, en se considérant, à cet égard uniquement, comme conçu depuis le mariage et il pourrait en même temps réclamer la succession d'un autre homme qui l'aurait reconnu antérieurement au mariage de ses auteurs, en se disant cette fois conçu avant le mariage. M. ESMEIN propose de faire appel à la notion d'ordre public qui mettrait obstacle à de telles prétentions. Est-il bien nécessaire de recourir à une semblable notion ?

Nous ne le croyons pas; à notre avis la conception ne peut se placer qu'à une seule date

Si donc, la Cour de Cassation permet à un enfant de se prétendre conçu avant le mariage et d'être en même temps légitime, c'est qu'elle considère la naissance dans le mariage comme constituant à elle seule une source de légitimité.

Nous constatons ainsi le lien indéniable qui existe entre les arrêts DEGAS et HÉRANVAL. La solution donnée en 1935 était logiquement et inéluctablement commandée par celle donnée en 1930. L'arrêt DEGAS avait posé le principe que « tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa

conception » ; il en avait fait application à l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage : Dans l'affaire HÉRANVAL, la Cour suprême a développé son raisonnement, elle a déclaré que l'enfant né après le 179^e jour était également légitime du seul fait de sa naissance et indépendamment de la date de sa conception. Et c'est là la conséquence nécessaire de la solution adoptée par l'arrêt DEGAS ; en effet, dit M. BASTIAN, « si l'enfant *certainement* conçu avant le mariage est légitime du fait de sa naissance, il en est nécessairement de même de l'enfant *peut-être* conçu antérieurement au mariage ».

En un mot, l'arrêt HÉRANVAL n'est-il pas la meilleure preuve que l'arrêt DEGAS avait une portée absolument générale et qu'il ne fallait pas en restreindre l'application au seul cas envisagé par l'article 314 ? La chambre civile a jugé, le 4 janvier 1935, qu'il existait deux sources distinctes de légitimité : la conception et la naissance dans le mariage ; que ces deux sources étaient sur un pied d'égalité puisque, suivant son intérêt, l'enfant pouvait invoquer l'une ou l'autre. Il a donc été décidé implicitement que la naissance dans le mariage n'était pas une source subsidiaire de légitimité.

L'arrêt HÉRANVAL ne s'est d'ailleurs pas contenté de poser ces principes ; se basant sur ceux-ci, il révèle encore la technique juridique de la légitimité basée sur la naissance indépendamment de la conception.

Il nous en explique le fonctionnement. Puisqu'il existe deux sources de légitimité sur le même plan, il faut permettre à l'enfant de choisir celle qui lui est la plus favorable. Entendons-nous, l'enfant ne choisit pas sa filiation ni la qualité de sa filiation ; il ne pourrait pas renoncer par exemple à sa qualité d'enfant légitime. Tout ceci est bien certain. Il faut supposer, comme dans l'affaire

HÉRANVAL, que l'enfant peut faire reposer sa légitimité sur deux sources ; qu'il opte pour l'une ou pour l'autre, il ne risque pas de perdre sa légitimité. C'est pourquoi la Chambre Civile lui a accordé un droit d'option.

Mais cette option ne suffit pas à expliquer comment opère cette légitimité, car il reste encore à savoir de quelle manière l'enfant, légitime de par la naissance dans le mariage, peut bénéficier d'une rente pour un accident survenu avant le mariage de ses parents.

Répondre à cette question, c'est déterminer la qualité de la filiation de l'enfant avant le mariage de ses parents. Légitime seulement en raison de sa naissance, on ne peut pourtant pas pousser la fiction jusqu'à prétendre que l'enfant était inexistant avant cette date. Etant conçu au moment de l'accident, il est réputé né en tant que son intérêt l'exige.

Quelle est alors la qualité de sa filiation à cette époque ? Pour qu'il ait droit à la rente de la loi de 1898, il faut que sa filiation soit légitime dès ce moment là. Serait-il naturel, en effet, qu'il ne bénéficierait pas de la pension car la loi exige, pour les enfants naturels, la condition de la reconnaissance antérieure à l'accident. Or, pareille reconnaissance n'a jamais été faite en faveur de la mineure HÉRANVAL.

On est donc conduit à penser que la Chambre Civile a fait rétroagir la légitimité de l'enfant antérieurement au mariage de ses parents. Le sens de l'arrêt ne paraît pas pouvoir être contesté (10).

Toutefois, cette rétroactivité n'est peut-être pas applicable dans tous les cas.

Pour la mineure HÉRANVAL, il n'y avait aucun obstacle à faire rétroagir sa légitimité antérieurement au

(10) Cass. Civ., 11 mars 1811, *Dalloz, Répertoire de Législation*, V^e Paternité et filiation, p. 187, note 1.

mariage ; lors de sa conception, ses deux parents étaient libres.

Mais on peut supposer l'existence d'un précédent mariage des parents au moment de la conception. C'est le cas qui s'est présenté dans l'affaire DEGAS. Bien que la conception de Maurice DEGAS fût adultérine, pouvait-on cependant lui attribuer la qualité de légitime dès cette époque ?

Nous ne le pensons pas ; faire rétroagir la légitimité de Maurice DEGAS eût conduit à décider que cet enfant était déjà légitime à un moment où l'un et l'autre des deux époux étaient liés par un précédent mariage. C'eût été reconnaître l'adultère.

L'arrêt du 8 janvier 1930 ne s'explique pas sur cette question de rétroactivité. Sans doute, il n'était pas obligé de le faire ; Maurice DEGAS n'avait aucun intérêt à faire remonter sa conception antérieurement au mariage.

Il n'en est pas moins vrai que la Chambre Civile n'a admis la rétroactivité de la légitimité que dans un cas (affaire HÉRANVAL) où cette solution ne se heurtait à aucune difficulté de fait.

Même réduite à ces limites, la rétroactivité fut rejetée par la Cour d'Appel de Caen dans son arrêt du 20 juin 1935 (11) ; ayant à connaître de l'affaire HÉRANVAL comme Cour de renvoi, elle débouta la mineure HÉRANVAL de sa prétention par le motif que « la légitimité et les droits qu'elle crée ne remontent pas au delà du mariage de ses parents qui en est l'origine ». Les magistrats de Caen posent ce principe comme une « règle essentielle à la constitution de la famille » et à laquelle on ne saurait déroger.

Il y a divergence de vues entre la Chambre Civile

(11) Caen (audience solennelle), 20 juin 1935, *D. H.*, 1935-498.

et les Cours d'Appel ; celle-ci s'est encore manifestée à propos d'une nouvelle affaire soumise à la Cour de Douai le 7 décembre 1931 puis à la Chambre Civile le 2 juillet 1936 (12). Les circonstances se rapprochaient de celles de l'arrêt HÉRANVAL : Le 14 octobre 1930, l'ouvrier DEWALLE est victime d'un accident du travail à la suite duquel il décède le 25 octobre suivant. Le 23 octobre, soit deux jours avant son décès, il avait contracté mariage avec une dame GODET et, le 4 janvier 1931, c'est-à-dire 73 jours après la célébration du mariage, celle-ci met au monde un enfant du sexe féminin. La dame DEWALLE-GODET assigne le patron et la Compagnie d'assurances *La Union et le Phénix Espagnol* en paiement d'une rente annuelle pour sa fille jusqu'à l'âge de 16 ans (Loi du 9 avril 1898, article 3).

Par jugement en date du 22 juillet 1931, le Tribunal Civil de Boulogne-sur-Mer déclare cette demande bien fondée. Sur appel, la Cour de Douai réformule le jugement par ce motif que, si la mineure DEWALLE est légitime comme née « au cours du mariage », sa légitimité ne peut cependant pas rétroagir antérieurement à celui-ci. La Cour décide qu'on ne peut attribuer à un enfant « la qualité d'enfant légitime qu'à partir de la célébration du mariage ; qu'il ne peut y avoir de légitimité antérieure au mariage ; que conçue illégitime, elle n'est devenue légitime que par l'effet du mariage de ses parents et, par suite, seulement à partir de ce mariage ; qu'elle n'avait donc pas encore la qualité d'enfant légitime à l'époque de l'accident qui est antérieur au mariage ». Dans une note parue au *Dalloz* de 1936, sous cet arrêt, M¹¹⁰ DE LAGRANGE (13) en conclut que la Cour

(12) Douai, 7 décembre 1931 ; Cass. Civ., 2 juillet 1936, *D. H.*, 1936-506 ; *D. P.*, 1936-1-118, avec note de Mlle E. de Lagrange.

(13) Mlle E. de Lagrange, note *D. P.*, 1936-1-118.

de Douai « revient implicitement, pour éviter la rétroactivité de la légitimité, à la théorie de la légitimation par mariage subséquent ». Cette remarque, qui vaut d'ailleurs autant pour l'arrêt de Caen, nous paraît très juste. Pour ces deux Cours d'Appel, en effet, l'enfant né après la célébration du mariage mais conçu auparavant n'est pas légitime d'origine ; par le fait du mariage, il y a une transformation de sa filiation naturelle en filiation légitime. Cette transformation n'est pas autre chose que la légitimation.

Mais la Chambre Civile a cassé l'arrêt de Douai en ne faisant d'ailleurs que reproduire exactement les motifs de l'arrêt HÉRANVAL ; la jurisprudence se confirme.

L'affaire DEWALLE est cependant moins complexe que la précédente ; l'enfant, née 73 jours après le mariage de ses auteurs, avait certainement été conçue avant la célébration de cette union et avant l'accident du travail, cause de la mort du père. Il n'y avait pas à faire jouer, comme pour la mineure HÉRANVAL, les règles sur la durée extrême des grossesses.

En dehors de cette différence, la situation se présente de la même manière : conception antérieure à la célébration du mariage, naissance postérieure à sa dissolution (dans les deux cas, l'ouvrier était décédé avant la naissance de l'enfant). Donc, ni la conception, ni la naissance ne se placent dans le mariage ; la légitimité se révèle indépendante de ces deux dates.

Il faut admettre une troisième source de légitimité : la gestation dans le mariage. Il suffit que le mariage des auteurs soit intervenu à un moment quelconque de la gestation pour que l'enfant ait la qualité de légitime. Tel est actuellement l'aboutissement de la jurisprudence de la Cour de Cassation.

La Cour suprême a rompu avec les idées du XIX^{me}

siècle ; « attaquant plus directement le problème », elle s'est rendu compte que la solution générale donnée par l'article 314 s'expliquait moins par l'intention présumée des parents » que « par la nécessité d'assurer la dignité du mariage et l'unité de la famille ».

Retrouvant la tradition canonique, elle fait reposer désormais la légitimité sur une « base à la fois morale et sociale » ; elle donne à la famille une compréhension plus large.

Il suffit que le mariage entre les parents ait existé, ne fût-ce que quelques instants à une époque quelconque depuis le début de la conception jusqu'au jour de la naissance pour que l'enfant soit légitime. Et cet effet sera produit par le mariage contracté *in extremis* (arrêt DEWALLE) comme par le mariage putatif (arrêt DEGAS).

En résumé, la jurisprudence assigne à la légitimité trois sources indépendantes l'une de l'autre : conception, gestation, naissance en mariage. Et elle a tiré de cette règle fondamentale ces deux conséquences :

- 1° Droit d'option de l'enfant entre ces trois sources.
- 2° Rétroactivité de la légitimité.

§ II. — ETUDE CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE

Ces nouvelles règles méritent d'être étudiées tant dans leur principe que dans leurs applications.

Que la conception en mariage soit un des fondements de la filiation légitime, personne ne le conteste.

Que la naissance en mariage puisse être une source de légitimité à titre principal, la question au contraire est controversée.

Jusqu'en 1930, il est admis à peu près unanimement que la naissance en mariage ne pouvait être créatrice de légitimité que dans le cadre de l'article 314 du Code Civil. Il y a, disait-on, une source normale à la légiti-

mité : la conception en mariage. Il y a une source subsidiaire : la naissance en mariage. L'article 314, étant dérogatoire au droit commun, doit s'interpréter restrictivement.

C'est cette opinion qui, à juste titre, nous paraît-il, a été rejetée par l'arrêt DEGAS. Rien ne permet de dire, en effet, que l'article 312 est la règle de principe, à laquelle il n'y a qu'une exception : l'article 314. L'intention du législateur a été de considérer aussi bien le fait de la naissance que celui de la conception pour déterminer la qualité d'une filiation ; les travaux préparatoires du Code sont formels à cet égard.

Si la naissance en mariage est une source de légitimité, elle doit l'être aussi bien vis-à-vis de l'enfant né après les 179 premiers jours du mariage que vis-à-vis de celui né au cours de cette période.

Mais, a-t-on objecté (14), il est impossible d'assimiler l'enfant né au début du mariage avec celui né après (15).

L'enfant « prématuré » jouit d'un statut spécial ; il est soumis au désaveu par simple dénégation de l'article 314 du Code Civil. Il n'est en possession que d'une légitimité précaire.

Au contraire, l'enfant né entre le 179^e et le 300^e jour après la célébration du mariage, bénéficie de la légitimité la meilleure. Il est soumis au désaveu véritable prévu par l'article 312 du Code Civil, même si sa conception est antérieure au mariage. Il est assimilé en tous points à l'enfant qui est *certainement* conçu pendant le mariage. Cela ne peut s'expliquer, écrit M. BASTIAN, que parce qu'il est, en toute hypothèse, présumé conçu en mariage. Alors traiter cet enfant comme étant conçu avant le mariage (arrêt HÉRANVAL.), c'est lui donner une

(14) Esmein, noté sous Cass. Civ., 4 janvier 1935, *Sir.*, 1936-1-17.

(15) V. également sur cette question, Bastian, note *Sir.*, 1936-2-129.

double condition, c'est le considérer comme s'il était simultanément conçu avant et pendant le mariage : ce qui est absurde et impossible.

S'il y a là une sérieuse objection, elle s'adresse plutôt au texte lui-même qu'à la jurisprudence de la Cour de Cassation. Puisque l'enfant se prétend conçu *ante nuptias*, on devrait pouvoir faire jouer contre lui le désaveu péremptoire de l'article 314 ; s'il en est autrement, c'est uniquement à raison de la rédaction du texte : « l'article 314 n'autorise pas le désaveu d'une manière générale quand la conception est antérieure au mariage ; il l'autorise, dans un cas spécial, quand la naissance a lieu avant le 180^e jour du mariage » (16). En réalité, « l'enfant n'a pas à proprement parler deux conditions... ; il n'est pas dans les conditions voulues pour que joue l'article 314, et c'est tout. L'arrêt de la Chambre Civile du 9 janvier 1935 paraît donc inattaquable dans son principe » (17).

En un mot, conception et naissance en mariage sont bien deux sources de légitimité indépendantes l'une de l'autre.

Il en est également une troisième : la gestation en mariage. En effet, dans les arrêts HÉRANVAL et DEWALLE, la Cour de Cassation a attribué la qualité de légitime à un enfant posthume conçu hors mariage. M^{lle} E. DE LAGRANGE (18), s'insurge contre cette solution : « Aucun texte du Code Civil, dit-elle, ne permet de fonder la légitimité sur la gestation dans le mariage ; la règle qui peut être déduite de l'article 312 et *a contrario* de l'article 315 est que l'enfant posthume est légitime si la date de sa conception est placée dans le mariage ».

(16) Beudant, *Cours de Droit Civil français*, t. III, n° 1005.

(17) Bastian, note précitée, *Sir.*, 1936-2-129.

(18) Mlle E. de Lagrange, note sous Cass. Civ., 2 juillet 1936, *D. P.*, 1936-1-118.

Cette critique ne nous semble pas entièrement exacte. L'article 315 a, croyons-nous, une portée que n'a pas soupçonnée l'arrêtiste. L'enfant né dans les trois cents jours qui suivent la dissolution du mariage est légitime, sauf possibilité de contestation. Or, il se peut que cet enfant, né après le mariage, ait été conçu *ante nuptias*. Quelle sera alors la source de sa légitimité, sinon la gestation en mariage ? C'est là une solution qui paraît conforme à l'intention du législateur. L'enfant légitime, disait REGNAUD DE SAINT-JEAN-D'ANGÉLY, est celui qui est « né depuis le mariage contracté ».

*
**

Est-il possible de permettre à l'enfant de choisir la source de légitimité qui lui est la plus favorable ? C'est ce qu'a admis la Cour de Cassation par son arrêt du 4 janvier 1935 ; elle a accordé à l'enfant, dans son intérêt, un droit d'option entre les deux sources de légitimité : conception et naissance en mariage. Nul doute que la solution s'applique également pour la gestation en mariage.

A autoriser ce choix, il n'y a aucun inconvénient, dit M. BASTIAN, s'il s'agit de l'intérêt de l'enfant. Celui-ci choisit seulement la source de sa légitimité. Rien ne s'y oppose car, quel que soit le fondement de la légitimité, l'enfant sera toujours légitime de la même façon.

Cependant, pour M. ROUAST (19), ce droit d'option est en contradiction avec les règles de la filiation. « A supposer que les deux sources de la légitimité soient sur le même plan, comment admettre que l'enfant choisisse entre elles au mieux de ses intérêts ? Ce serait le seul exemple d'une option exercée par lui en ce qui concerne

(19) M. Rouast, note précitée, *D. P.*, 1935-1-5.

sa filiation. Les textes du Code relatifs à cette matière sont impératifs. Ils ne laissent même pas à l'enfant le droit de protester contre le père que lui attribue l'article 312, si celui-ci ne veut pas le désavouer. L'enfant ne choisit pas sa filiation, même si elle va à l'encontre de la vraisemblance, même si elle lèse ses intérêts. Comment lui permettrait-on, dans ces conditions, de déterminer la qualité de la filiation à son choix, soit par sa naissance, soit par sa conception ? ».

Tout d'abord, la critique ne s'applique pas pleinement à la jurisprudence créée par l'arrêt HÉRANVAL ; dans cette affaire, ce n'est pas la filiation ou la qualité de la filiation de l'enfant qui sont en jeu ; par son option, l'enfant ne choisit pas son père et ne s'attribue pas la qualité de légitime.

D'autre part, est-il bien exact qu'il n'y ait pas d'autres exemples d'une option exercée par l'enfant dans cette matière de la filiation ? Ainsi, l'enfant ne peut-il pas choisir pour date de sa conception un jour favorable de la période légale de la conception ? Sans doute, M. ROUAST ne le pense pas ; d'après lui, la règle : « *Infans conceptus...* » « a pour objet seulement de donner à l'enfant conçu les droits d'un enfant déjà né lorsque sa conception est certaine au jour où ces droits peuvent être acquis » ; elle ne peut pas lui permettre de choisir, dans la période légale de la conception, le jour qui convienne le mieux à son intérêt. Par application de ces principes, la plupart des auteurs décide, dit-il, qu'un enfant né après la mort de son frère, ne peut succéder à celui-ci qu'en prouvant que la conception était antérieure au décès (20).

(20) V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. I, n^{os} 179 et 181. Colin et Capitant, 7^e édit., t. 3, n^o 609. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français*, t. 4, *Successions*, par Vialleton et Maury, n^o 27.

Toutefois, d'autres auteurs se prononcent en sens contraire (21) et la jurisprudence, en matière de succession, admet que l'enfant qui invoque la règle : « *Infans conceptus..* » bénéficie de la date la plus favorable à sa prétention au cours de la période légale de la conception (Req. 8 février 1821 et Orléans 16 mars 1832, Grenoble, 20 janvier 1853) (22). Il existe au profit de l'enfant, ce que M. GENY appelle une présomption « *omni meliore momento* ».

C'est la règle générale posée par MM. AUBRY et RAU (23) :

« La loi considère la conception comme ayant été possible à chaque instant de l'intervalle de temps qui vient d'être indiqué (les 121 jours qui précèdent la naissance), en laissant à l'enfant *la faculté de la reporter au moment le plus favorable à ses intérêts* ».

Et les savants auteurs citent un arrêt de la Chambre Civile du 23 novembre 1842 (24) aux termes duquel un enfant né 283 jours après le décès du mari de sa mère peut repousser la présomption de l'article 315 du Code Civil qui lui attribuait la qualité d'enfant légitime de ce mariage. La présomption de légitimité établie par le Code Civil n'existe « qu'en faveur et au profit » de l'enfant ; « elle ne saurait être invoquée comme absolue contre l'enfant qui, dans un intérêt légitime, voudrait placer sa conception à une époque postérieure à la dissolution du mariage, ou même la faire remonter à une époque antérieure à la célébration » (25).

(21) V. notamment : Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., t. 9, § 545, note 3. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, p. 290.

(22) Req., 8 février 1821, et Orléans, 16 mars 1832, Dalloz, *Jur. Gén.*, V^o Succession, n^o 84. Grenoble, 20 janvier 1853, *D. P.*, 1855-2-40.

(23) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 9, § 545, note 3.

(24) Civ. Cass., 23 novembre 1842, *Sir.*, 1843-1-6.

(25) V. sur cette question, Bastian, note *Sir.*, 1936-2-129 et s.

Enfin, le choix est encore permis dans le cas de l'article 315 du Code Civil ; l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage peut répudier la légitimité pour se faire attribuer la véritable filiation à laquelle il a droit (26).

« Sans doute, il est enseigné généralement que le mari de la mère est seul titulaire de l'action en désaveu et que l'enfant ne peut se désavouer lui-même : ce qui semble s'opposer à tout droit d'option.

Mais, précise à juste titre M. BASTIAN, (27) il y a deux situations bien différentes à ne pas confondre : d'une part, l'expulsion de la famille par le mari de la mère au moyen de l'action en désaveu ; d'autre part, le départ volontaire de l'enfant qui, « dans son intérêt, demande à sortir de la famille où la loi l'incorpore ; aucun texte ni aucun principe ne met obstacle à ce qu'il puisse le faire en prouvant qu'il a été conçu *ante nuptias* ».

« En résumé, la recherche de la vérité n'est pas toujours admise lorsque cela préjudicie à l'enfant, mais elle est possible dans son intérêt tant qu'il ne s'agit pas de prouver une filiation adultérine.

Le Code ne régleme restrictivement que les actions intentées *contre* l'enfant mais non celles qu'il veut lui-même exercer et tout ceci est parfaitement conforme à l'idée que les présomptions légales sont établies par la loi au profit de l'enfant et qu'elles ne sauraient lui nuire ».

Il n'y a donc aucun empêchement de principe à ce droit d'option de l'enfant.

La difficulté consiste à savoir de quelle manière il

(26) Angers, 9 mars 1926, *Sir.*, 1926-2-71.

(27) Bastian, note précitée, *Sir.*, 1936-2-129 et s.

pourra être exercé. Sera-ce un droit pur et simple ou, au contraire, un droit conditionnel ? Ne faut-il pas le restreindre dans certaines limites ?

Il est bien entendu que si sa légitimité reposait sur une source unique, l'enfant ne pourrait pas sortir de la famille et se prétendre naturel simple ou adultérin. Il lui serait absolument interdit de répudier sa qualité de légitime, la loi attachant une faveur toute spéciale à celle-ci.

Il faut supposer que la légitimité pouvant reposer sur des sources différentes, l'enfant en choisit une, excluant par cela même les autres. Tel est le cas qui s'est présenté dans l'affaire HÉRANVAL. L'enfant se prétendait légitime en raison de sa naissance en mariage alors qu'il aurait pu exercer cette prétention en s'appuyant sur la date de la conception.

La première condition à ce droit d'option consiste en un intérêt de la part de l'enfant. Un intérêt matériel est-il suffisant ? Oui, a répondu la Cour de Cassation (affaire HÉRANVAL). Dans cette affaire, l'enfant invoquait une date de conception antérieure au mariage afin d'obtenir une rente d'accident du travail. La plupart des auteurs (28) ont crié aussitôt au scandale ; n'est-il pas immoral au premier chef, de faire dépendre l'état d'une personne de questions pécuniaires ? Devant cette objection on pourrait songer à restreindre le droit d'option au cas où un intérêt moral serait en jeu (ce qui, en pratique, réduirait à peu près à néant l'exercice de ce droit).

Cette distinction nous paraît difficile à établir. Il n'y a pas d'intérêt exclusivement matériel. Le patrimoine de l'homme est le prolongement de sa personnalité ; la personne humaine n'acquiert sa plénitude de

(28) V. en particulier M. Rouast, note, *D. P.*, 1935-1-5.

valeur qu'autant qu'elle possède un minimum de biens sur lesquels elle peut exercer ses droits. Pourquoi, d'ailleurs, empêcher ce choix puisque, de toute façon l'enfant reste légitime ?

Ce droit d'option ne suppose-t-il pas une deuxième condition ? L'enfant peut-il, par sa seule déclaration et sans avoir rien à prouver, opérer ce choix ? Ne faut-il pas encore qu'il rapporte la preuve qu'il était effectivement conçu au moment où il le prétend ?

De nombreux auteurs et la jurisprudence admettent la possibilité pour l'enfant de bénéficier de la durée la plus longue de la gestation sans avoir à établir aucune preuve (29).

Il est équitable d'adopter cette opinion. Puisqu'il n'est pas possible de déterminer avec certitude la date de la conception d'un enfant dans l'intervalle qui sépare les limites extrêmes de la gestation, on ne saurait admettre que le législateur ait voulu abandonner aux hasards d'une preuve incertaine la fixation de cette époque.

L'enfant peut donc choisir la date qui lui est la plus favorable au cours de la période légale de la conception. Ce choix n'est cependant pas sans limites. L'enfant qui se prétend conçu antérieurement au mariage est obligé de s'adresser à la justice. Les tribunaux devront-ils se contenter de ratifier le choix fait par l'enfant. Ne doivent-ils pas au contraire exercer un certain contrôle ?

A notre avis, cette deuxième solution s'impose. Les « possibilités légales » doivent toujours rester en harmonie avec les circonstances de fait. Ainsi, il nous paraît impossible que, tout en conservant sa qualité de légitime,

(29) Aubry et Rau, 5^e éd., t. 9, § 592, p. 405, texte, note 3 et référence. Cass. Civ., 23 nov. 1842, *Sir.*, 1843-1-5. Orléans, 10 août 1843, *Sir.*; 1843-2-399.

un enfant puisse faire reporter sa conception à une époque où l'un de ses parents aurait été engagé dans les liens d'un autre mariage.

*
**

C'est, en réalité, la question si discutée actuellement, de la rétroactivité de la légitimité. Celle-ci peut-elle produire des effets antérieurement au mariage ?

« La légitimité et les droits qu'elle crée ne remontent pas au-delà du mariage des parents dont elle est l'origine », a répondu la Cour de Caen.

Et la Cour de Douai pense de la même façon : la jeune D... « conçue illégitime, n'est devenue légitime que par l'effet du mariage de ses parents et, par suite, seulement à partir de ce mariage ».

Depuis l'arrêt HÉRANVAL, la Cour de Cassation fait, au contraire, rétroagir la légitimité même avant le mariage. « Les auteurs, dit M^{lle} DE LAGRANGE (30), ont fait remarquer les résultats singuliers de cette solution, notamment en matière successorale : l'enfant pourra être appelé en tant que légitime à une succession qui s'est ouverte à une époque où il était seulement conçu de deux auteurs non mariés ensemble : une dévolution successorale pourra donc se trouver modifiée à la suite du mariage des auteurs d'un enfant conçu ».

Qu'il puisse y avoir des inconvénients à modifier le partage ou l'attribution d'une succession, cela n'est pas douteux. Mais ces inconvénients ne sont pas particuliers à la rétroactivité de la légitimité ; ils se présentent chaque fois qu'il y a rétroactivité. Par exemple, la rétroactivité de la reconnaissance d'un enfant naturel conduit

(30) Mlle de Lagrange, note précitée, *D. P.*, 1936-1-118.

aux mêmes conséquences. Ainsi, un enfant naturel, reconnu judiciairement après le décès de son père à la suite de l'action en recherche de paternité que lui ouvre l'article 340 du Code Civil peut réclamer sa part de succession contre les héritiers légitimes du *de cujus* (Cass. Civ., 20 février et 24 juillet 1917, note CAPITANT ; Cass. Req. 8 mai 1934) (31). Aux termes de cette jurisprudence, « le fait par certains héritiers d'avoir appréhendé une succession ne suffit pas pour leur conférer un droit acquis vis-à-vis d'autres héritiers dont l'existence serait ultérieurement établie ».

Malgré les objections de certains auteurs (32), cette solution, absolument générale, doit s'appliquer aussi bien aux enfants légitimes qu'aux enfants naturels.

Pourquoi en serait-il donc autrement ? M^{lle} DE LAGRANGE répond : Il n'y a pas de parallèle possible entre la rétroactivité de la légitimité et celle de la reconnaissance judiciaire de paternité naturelle.

En effet, « le jugement de reconnaissance de paternité est déclaratif, révèle un fait qui a existé dès la conception de l'enfant, le fait du lien de filiation avec son auteur ; il ne transforme point la nature juridique de ce lien.

« La rétroactivité de la légitimité, bien au contraire, tend à constituer un état nouveau, à transformer dans le passé la nature du lien de filiation existant entre l'enfant conçu et ses auteurs. »

Cet enfant serait donc naturel jusqu'au mariage de ses parents et légitime à partir de ce moment-là, il y aurait une transformation juridique de sa condition.

(31) Cass. Civ., 20 février et 24 juillet 1917, note Capitant, *D. P.*, 1917-1-81. Cass. Req., 8 mai 1934, *D. H.*, 1934-345.

(32) Voir notamment sur ce point, note de Mlle de Lagrange, *D. P.*, 1936-1-118.

Soutenir ce raisonnement, c'est croyons-nous méconnaître la condition véritable de l'enfant conçu. En effet, la conception ne suffit pas, à elle seule, à donner à l'enfant une existence juridique indépendante. Antérieurement au mariage de ses parents, l'enfant, qui n'était que conçu, n'avait, à proprement parler, pas d'état ou tout au moins qu'un état sous condition ; comment donc prétendre qu'il y a eu une transformation dans sa condition juridique ?

Cet enfant n'a existé vraiment qu'à dater de sa naissance ; par une fiction cependant, et seulement s'il y a intérêt, on peut le considérer comme ayant été enfant légitime depuis le début de la période légale de la conception.

Ce n'est là toutefois qu'une fiction qui doit s'effacer parfois devant la réalité. Il est impossible à l'enfant de faire remonter sa conception et, par suite, sa légitimité à une époque où l'un de ses parents serait engagé dans les liens d'un autre mariage. Les circonstances peuvent assigner une limite à la rétroactivité de la légitimité. Le principe n'en demeure pas moins bien établi.

SECTION II

APPLICATION A LA LÉGITIMATION :

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE LA LÉGITIMITÉ

Tous ces principes doivent entraîner des conséquences fort importantes en ce qui concerne la légitimation. Les données de l'histoire nous ont enseigné que les deux domaines de la légitimité et de la légitimation étaient étroitement liés ; qu'il était impossible de modifier l'un sans bouleverser également l'autre.

On a exagéré trop souvent la distinction entre la légitimité et la légitimation ; les deux situations donnent absolument les mêmes droits (article 333 C. Civ.) : l'enfant est toujours légitime et de la même façon. Peu importe que sa légitimité soit d'origine ou acquise. Il est donc logique que toutes les règles de la légitimité s'appliquent à la légitimation.

Il est injuste aussi de maintenir une ligne de démarcation arbitraire entre l'enfant légitimé et l'enfant légitime, de ne faire dépendre la qualité du premier que de la nature du commerce charnel ayant existé entre les parents (article 335 du Code Civil) alors que la légitimité repose sur la conception, la gestation ou la naissance en mariage.

Voici, en effet, un enfant conçu dans l'adultère ; si aussitôt la dissolution du mariage des parents et avant la naissance de l'enfant, l'époux adultère se marie avec son complice, l'enfant sera légitime (article 314 du Code Civil). Au contraire, que le mariage ait lieu après la naissance de l'enfant et celui-ci sera à tout jamais exclu de la légitimité. Sans doute, actuellement les enfants adultérins peuvent être légitimés dans un certain nombre de cas ; mais l'objection de principe n'en demeure pas moins vraie. Suivant qu'il viendrait à naître la veille ou le lendemain du mariage, voilà un enfant qui sera adultérin ou, au contraire, légitime.

« S'il est impossible de méconnaître l'injustice d'une pareille situation, comment également ne pas prévoir les pernicioeux conseils qu'elle peut inspirer ? Comment le père et la mère de cet enfant adultérin ne seraient-ils pas tentés de dissimuler les conséquences de leur faute, même par le scandale d'une union précipitée ?

« Comment ne seraient-ils pas conduits à désirer,

pour ne rien dire de plus, la prompte dissolution du premier mariage ? » (33)

C'est pour toutes ces raisons que la prohibition de l'article 335 ne doit pas pouvoir subsister. Pour qu'un enfant puisse être légitimé, ne suffit-il pas que ses parents aient été habiles à contracter mariage à l'une des trois époques : conception, gestation, naissance ?

Toutes les règles de la légitimité doivent s'appliquer à la légitimation ; en cas de conflit entre elles, l'enfant aura donc le droit d'opter pour celle qui lui est la plus favorable.

N'est-ce pas la solution que les Cours d'Appel de Rennes et de Lyon viennent d'adopter par deux décisions toutes récentes, l'une en date du 14 janvier 1937 (34), l'autre du 24 juin 1937 (35). La difficulté était la même dans les deux espèces; devant la Cour de Lyon, M. l'Avocat Général DAMOUR la résumait ainsi : l'enfant, né d'une femme mariée plus de 180 et moins de 300 jours après l'ordonnance du Président du Tribunal lui assignant une résidence séparée peut-il être reconnu par un tiers et être ensuite légitimé par le mariage subséquent de sa mère et de celui qui l'a ainsi reconnu ?

Les arrêts ont admis la possibilité de la légitimation.

Les auteurs (36) ont crié aussitôt à l'immoralité. On se trouve, disent-ils, dans un conflit qui, d'un côté, permet à l'enfant d'être légitime parce qu'issu de la femme et du premier mari et qui, de l'autre côté, donne à l'enfant la qualité d'adultérin. Il n'y a pas à hésiter ; il faut de toute évidence, exclure la filiation adultérine pour ne conserver que la filiation légitime.

(33) Conclusions de M. le Premier Avocat Général de la Prandièrre, sous Lyon, 6 avril 1870, *D. P.*, 1870-2-227.

(34) Rennes, 14 janvier 1937, *D. P.*, 1937-2-45 et note M. Savatier.

(35) Lyon, 24 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937-2-460.

(36) V. note M. Savatier, sous Rennes, 14 janvier 1937, *D. P.*, 1937-2-45.

En un mot, la doctrine soutient qu'il y a conflit entre la légitimité et l'adultérinité.

Il nous apparaît que c'est mal poser les données du problème. Le conflit existe, en réalité, entre la légitimité et la légitimation. Il n'est pas question de favoriser la filiation naturelle ou adultérine au détriment de la filiation légitime.

Ramené à ces limites, le débat devient celui-ci : Faut-il préférer l'enfant légitime à l'enfant légitimé ?

Pourquoi une telle préférence ? Ces deux catégories d'enfants ont les mêmes droits. Quelle raison y a-t-il d'avantager les uns par rapport aux autres ?

Sans doute, il est possible de répondre : l'enfant légitimé n'acquiert le bénéfice de la légitimité qu'au moment du mariage de ses parents. Auparavant, il était enfant naturel et parfois même adultérin (puisque le législateur a permis, dans un certain nombre de cas, la légitimation de ces enfants).

Alors, quand les Tribunaux laissent à l'enfant la faculté de repousser la présomption de paternité qui le relie au premier mari, ne se prononcent-ils pas en faveur de la filiation naturelle ou adultérine ? Que cette filiation puisse être ensuite « régularisée » au moyen d'un mariage subséquent, soit ! mais cela n'empêche pas que la filiation aura été, à une certaine époque adultérine ou incestueuse.

Si l'on admet que la légitimation ne peut produire d'effets qu'à partir du mariage, l'objection est pertinente. On ne conçoit pas, en effet, que le juge puisse permettre à un enfant d'être naturel ou adultérin, alors qu'il a la possibilité d'être légitime. Ce serait contraire à toutes les tendances modernes qui font de la famille un cercle de plus en plus accessible.

L'objection n'a plus de valeur et la décision rendue

par les Cours d'appel se justifie si l'on donne un effet rétroactif à la légitimation. En un mot, la solution fournie par les arrêts de Rennes et de Lyon, commande implicitement, mais nécessairement, la rétroactivité de la légitimation.

Il y a cependant une difficulté. Cette rétroactivité est possible, lorsque la légitimation s'applique à un enfant naturel d'origine. Il n'y a aucun inconvénient à reporter fictivement le mariage à une date antérieure.

Il y a, au contraire, une complication si la légitimation concerne un enfant adultérin. Comment faire rétroagir la légitimation sans aboutir à l'existence simultanée de deux mariages ? Sans doute, il y a là une objection très sérieuse, mais elle s'adresse au législateur. C'est un non-sens d'admettre la légitimation des enfants adultérins ; c'est contraire à tous les principes de la légitimation. Sur quoi repose-t-elle en effet, sinon sur la supposition que le mariage des parents a existé antérieurement à la naissance ou à la conception ?

Les lois récentes sur la légitimation des enfants adultérins dérogent aux règles essentielles de la filiation ; il est impossible de s'appuyer sur elles pour rejeter l'idée de la rétroactivité de la légitimation.

Ainsi, l'enfant né plus de 180 et moins de 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère a deux situations entre lesquelles il peut opter : ou bien être enfant légitime du premier mariage ; ou bien être enfant légitimé du mariage subséquent contracté par sa mère. En ne s'attachant qu'à la conception, il y a deux présomptions qui peuvent jouer, l'une le rattachant au premier mari, l'autre au second.

Mais comment ce choix sera-t-il fait ? Faut-il permettre à l'enfant de choisir purement et simplement entre les deux possibilités légales ?

La Cour de Rennes a jugé qu'il fallait appliquer la présomption qui est en accord avec « l'intérêt de l'enfant ». « Considérant, en fait, dit-elle, que si les enfants sont nés 193 jours après l'ordonnance présidentielle, la mère ne cohabitait plus avec son premier mari, N... alors mobilisé depuis la nuit du 9 au 10 mars 1919 où elle l'avait abandonné pour suivre C... avec lequel elle vivait depuis 309 jours au moment de la naissance des enfants, que *l'intérêt, tant moral que matériel de ces derniers, se trouve ainsi en complète harmonie avec les possibilités légales* ».

Faisant abstraction de toutes les circonstances de la cause, la Cour de Lyon décide, au contraire, que le choix de l'enfant est absolument libre entre les deux possibilités légales ; qu'il peut opter à son gré pour celle qui lui paraît la plus favorable.

Il est impossible de ne pas rapprocher ces décisions de l'arrêt HÉRANVAL. Ce dernier permet à l'enfant d'opter entre deux sources de légitimité. Les arrêts de Rennes et de Lyon accordent également un droit d'option à l'enfant.

Cependant, la situation est toute différente ; il ne s'agit pas pour lui de choisir la source de sa légitimité ; qu'il se prétende légitime ou légitimé, il se base toujours sur la date de la conception.

En réalité, l'option de l'enfant porte sur l'existence même du lien de filiation ; on est en présence d'un conflit de paternités. En fait, la Cour de Lyon a permis à un enfant de choisir son père ; solution qu'on a peine à réaliser, tant elle est contraire aux idées communément admises. C'est pourquoi, dans des cas semblables, il nous apparaît que le choix doit être limité ; c'est aux juges d'apprécier, en se basant sur les différents intérêts en jeu, à quelle famille l'enfant doit être rattaché : telle fut

d'ailleurs la solution donnée par la Cour de Rennes (37).

Il n'en reste pas moins vrai qu'une idée essentielle se dégage de ces décisions. La légitimité acquise (légitimation) est mise sur le même plan que la légitimité d'origine. En supposant qu'il n'y ait pas d'autres questions en jeu, l'enfant pourrait choisir entre elles au mieux de ses intérêts, de même qu'il le fait entre les différentes sources de légitimité (arrêt HÉRANVAL).

Il est une autre notion qui est incluse dans les arrêts de Rennes et de Lyon : celle de la rétroactivité de la légitimation.

Sans doute, cette opinion est contraire aux idées reçues depuis plus d'un siècle. Cependant, les canonistes, suivis par quelques auteurs de l'Ancien Droit, l'avaient adoptée. D'après l'interprétation traditionnelle, le Code Civil, dans son article 333, aurait rejeté cette façon de penser. Et, pendant plus de cent ans, on n'a pas songé à discuter ces principes. Mais, depuis le Code, les idées ont évolué. En particulier, l'arrêt HÉRANVAL est intervenu qui, lui aussi, a bouleversé la conception classique en accordant la rétroactivité à la légitimité. Puisque l'enfant légitime en raison du fait de la naissance en mariage est considéré comme ayant eu cette qualité depuis le jour de la conception (alors antérieur au mariage), ne faut-il pas considérer aussi que la légitimation rétroagit antérieurement au mariage des parents jusqu'au jour de la naissance ou même jusqu'à celui de la conception ? Sans doute, l'enfant légitimé aura

(37) Cette décision est à rapprocher d'un arrêt de la C. de Colmar (Metz) du 17 juin 1937, *D. H.*, 1937, p. 401. La Cour autorise une veuve enceinte à convoler au plus vite sans attendre le délai de viduité en vue de favoriser une légitimation. Le défunt mari était interné depuis deux ans et aucun rapprochement physique n'avait eu lieu avec lui jusqu'à son décès. La Cour décida que, dans l'intérêt bien compris d'un enfant à venir, la légitimité pouvant résulter d'un remariage devait avoir la prééminence sur une présomption démentie par la réalité.

Cette décision, ainsi que celles de Rennes et de Lyon, a été critiquée par M. Gaston Lagarde (*Rev. trim. Dr. Civ.*, 1937, n° 4, p. 813 et suiv. — *Chronique de Jurisprudence française en matière de Droit Civil*).

été naturel jusqu'au mariage de ses parents ; il y a bien pour lui légitimation, acquisition de la légitimité. Mais, par une fiction, on le traite comme ayant toujours été légitime. Il n'y a pas de raison de faire de distinction à ce sujet entre l'enfant légitime et celui qui n'est que légitimé. Le procédé sur lequel on fonde la rétroactivité est le même dans les deux cas : on suppose fictivement que le mariage a existé avant la conception ou avant la naissance.

Tel n'est pas cependant l'avis de M. BASTIAN (38), d'après lequel la légitimité rétroagit, alors que la légitimation ne prend effet que du jour où elle se réalise.

Pour M. BASTIAN, la rétroactivité de la légitimité est commandée par la notion même de légitimité. La légitimité — dit-il — « suppose une *identité de qualité*, l'enfant ayant toujours eu la même situation depuis sa conception. Si donc, l'enfant né dans le mariage, est légitime et non légitimé, quelle que soit la date de sa conception, il l'est nécessairement depuis le jour où il a été conçu. »

Au contraire, « si l'enfant a été naturel pendant une partie de sa gestation et jusqu'au jour où ses parents se marient, impossible par la suite d'être légitime ; il ne peut être que légitimé. Ce qui fait la différence entre la légitimité et la légitimation, c'est que cette dernière comporte un changement de qualité, l'enfant cessant d'être naturel pour prendre les droits d'un enfant légitime. »

Peu importe, nous apparaît-il, qu'il y ait eu cette transformation dans la condition juridique de l'enfant légitimé, car, précisément en vertu de la fiction de rétroactivité, son ancienne condition est totalement anéantie et il est censé avoir toujours été légitime. Sa

(38) M. Bastian, note précitée, *Sir.*, 1936-2-129 et s.

qualité d'enfant naturel doit rétroactivement disparaître. Aucune objection de principe ne saurait à notre avis, être sérieusement élevée contre la rétroactivité de la légitimation si l'on admet celle de la légitimité. Faire rétroagir la légitimation, c'est aller peut-être à l'encontre de la solution courante qui fait de la légitimation un acte juridique, créateur d'une situation nouvelle n'opérant que pour l'avenir ; c'est aller aussi à l'encontre de l'article 333 du Code Civil, aux termes duquel les droits de l'enfant légitimé ne remontent pas au delà du mariage. Mais tout ceci n'est pas suffisant pour faire écarter délibérément la rétroactivité de la légitimation. Cette dernière solution, croyons-nous, est commandée implicitement par l'arrêt HÉRANVAL. D'ailleurs, la loi du 10 août 1927 n'a-t-elle pas donné un effet rétroactif à la légitimation en ce qui concerne la nationalité ? Quoique la question soit discutée, c'est ce qu'admettent la plupart des auteurs (39). L'article 1^{er} § 4 de cette loi prévoit : « La légitimation d'un enfant mineur lui donne, s'il ne l'a déjà, la nationalité française de son père ». Les auteurs font remarquer que l'article 1 où se trouve cette disposition est consacré à la nationalité française d'origine ; que l'enfant légitimé, comme le légitime, doit donc être français dès la naissance. Interprétée ainsi, la loi du 10 août 1927 est une brèche ouverte dans le principe de la non-rétroactivité de la légitimation.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs de cette discussion, il nous apparaîtrait arbitraire de limiter la rétroactivité à la légitimité sans l'étendre aussi à la légitimation.

Les règles relatives à la légitimité et à la légitimation sont, pensons-nous, les mêmes. Dans le premier cas

(39) Lerebours-Pigeonnière, *Précis de Dr. international privé*, 1928, n° 89. Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, n° 78 (2^e édit., Paris, 1928). Valéry, *La nationalité française*, n° 52. Dreyfus, note au *Clunet*, 1929, p. 807.

seulement, la légitimité est d'origine en ce sens que l'enfant n'a jamais été auparavant un enfant naturel.

Dans le second au contraire, sa légitimité est acquise; d'enfant naturel, il est devenu enfant légitime.

En dehors de cette unique différence, les qualités des enfants légitime et légitimé sont identiques. L'un et l'autre sont réputés avoir été toujours légitimes.

Leur légitimité doit pouvoir dépendre du fait de la conception, de la gestation ou de la naissance suivant l'intérêt de l'enfant.

Il n'y a pas, en réalité une théorie de la légitimité et une théorie de la légitimation.

Il y a la légitimité, toujours la même ; tantôt seulement, elle est d'origine, tantôt au contraire, elle est acquise. Mais ce sont les mêmes principes juridiques dont il faut faire application.

La jurisprudence moderne est en voie de retrouver cette unité, cette construction si harmonieuse qu'avaient édifiée les canonistes. Mais son œuvre n'est encore qu'à l'état d'ébauche. Nous avons seulement essayé de rechercher le sens dans lequel elle tend à s'orienter. A l'aide des données de l'histoire et de la raison, nous nous sommes efforcés de découvrir le système juridique qui pourra être l'aboutissement de cette jurisprudence.

L'évolution du droit de la légitimité ne se fait d'ailleurs pas sentir seulement en France ; certaines des solutions qui viennent d'être fournies par la jurisprudence française étaient déjà admises à l'étranger.

Ainsi, d'après la coutume anglaise, « est légitime l'enfant né de parents unis en mariage, ou pour parler plus exactement, l'enfant né de parents qui étaient mariés soit au moment de sa conception, soit au moment de

sa naissance, soit à une époque se plaçant entre ces deux événements » (40).

Dans les Etats Scandinaves,, sont légitimes les enfants conçus ou nés en légitime mariage.

Le Code Civil allemand (article 1591) et le Code Civil Suisse (article 252) définissent l'enfant légitime celui qui naît pendant le mariage (41).

Ces législations étrangères et la conception de la Cour de Cassation belge doivent être rapprochées de la jurisprudence française.

On est en présence, dans le monde civilisé, d'un courant d'opinions qui bouleverse les notions traditionnelles du droit familial, qui recrée une famille reposant sur les idées modernes.

(40) *Répertoire Carpentier* (1902). V. « Paternité et filiation » (Grande-Bretagne, n° 656).

(41) V. M. Rouast, *La Condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage* (*Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1927, p. 137).

CONCLUSION

I. — Le nouveau droit de la légitimité doit être approuvé en lui-même.

II. — Mais il exige un mariage « fort ».

Le droit moderne, si favorable à la légitimité, est l'expression la plus saisissante de « tout ce mouvement d'idées qui entraîne les esprits vers une conception plus large de la famille ».

« Que s'affirme de plus en plus à la base de la famille contemporaine la force des liens du sang, qu'on tienne pour supérieurs à tous autres devoirs celui d'accueillir sur un pied d'égalité dans le foyer reconstitué l'enfant que l'on a conçu même dans la faute, que, loin de résister à un tel sentiment, la loi s'efforce, dans la mesure du possible, de lui faire sa place ; qu'en tout cas l'enfant, victime assurément innocente de la faute originelle, ne risque pas d'en être désormais la seule victime, y a-t-il lieu de le regretter ou de s'en plaindre ? (1)

Evidemment non. On ne peut que se réjouir de voir grandir le nombre des enfants légitimes au détriment de celui des enfants naturels car il est toujours injuste de faire supporter aux enfants la faute de leurs parents. D'autre part, accorder la légitimité à leurs enfants, n'est-ce pas inciter les parents au mariage ?

(1) Note G. P., sous Cass. Civ., 8 janv. 1930, D. P., 1930-1-51.

Il y a cependant un danger considérable. Si les enfants nés de relations illicites peuvent toujours avoir leur situation « régularisée », c'est mettre ces relations hors mariage sur le même plan que celles qui ont lieu en mariage, c'est admettre la licéité de la procréation dans l'un comme dans l'autre cas.

Or, pour conserver intacte la « dignité du mariage », il est indispensable de donner aux enfants naturels une situation inférieure et de porter une réprobation plus grande encore à l'encontre des enfants adultérins et incestueux. L'incapacité de légitimation doit, à notre avis, peser sur ces derniers.

Les lois récentes qui en ont décidé autrement sont des brèches ouvertes dans la solide armature familiale qu'avait créée le Code Civil. Prenons garde qu'un jour ou l'autre la famille n'en meure !

*
**

Il faut permettre l'accession la plus large possible au sein de la famille, tout en maintenant intacte la stabilité de celle-ci : tel est le problème qui se pose.

Comment concilier ces deux idées qui, à beaucoup, sont apparues comme contradictoires ?

La solution se trouve dans le droit canon ; elle réside dans la définition même de l'enfant légitime. Est réputé tel tout enfant dont les parents auront été mariés à un moment quelconque de la période qui sépare le début de la conception de la naissance ; de même sera naturel simple l'enfant dont les parents auront été libres, ne fût-ce qu'un instant, au cours de cette période.

Les canonistes rangent dans la catégorie des enfants légitimes un grand nombre d'enfants considérés par les juristes français comme des enfants adultérins ou incestueux.

tueux ; réduisant le nombre de ces derniers ils agrandissent considérablement la famille légitime.

Mais un enfant est-il adultérin ou incestueux, alors les incapacités les plus sévères pèseront sur lui ; il ne pourra pas bénéficier de la légitimation.

Voilà, nous apparaît-il, le terrain de conciliation ; d'une part, diminuer le nombre des enfants illégitimes ; d'autre part, soumettre les illégitimes à des incapacités rigoureuses.

C'est la première de ces règles qu'a retrouvée la Cour de Cassation depuis 1930. De fermée, d'inaccessible à certains enfants telle qu'elle était au XIX^e siècle, la famille devient beaucoup plus largement ouverte, et accueillante, en un mot plus humaine.

Nul ne peut nier les bienfaits de cette jurisprudence récente, le progrès qu'elle marque dans le domaine de la justice.

Revenir à la conception des arrêts de 1869, ce serait, nous semble-t-il, aller à l'encontre des idées les plus généreuses qu'a retrouvées la civilisation moderne.

Par contre, loin d'édicter des incapacités sévères contre les enfants adultérins ou incestueux, le législateur tend, depuis plus d'un demi-siècle, à mettre sur un pied d'égalité tous les enfants quelle que soit leur origine. Actuellement l'enfant adultérin et incestueux peut dans la plupart des cas, bénéficier de la légitimation. Bientôt si l'évolution législative continue, il ne subsistera plus de différences entre lui et l'enfant adultérin. Voilà le péril.

On a coutume de traiter le droit canon d'inhumain en raison de sa sévérité vis-à-vis des enfants naturels. C'est, à notre avis, une erreur ; le Droit Canon a été aussi bienveillant que possible en faveur des enfants qu'il savait irresponsables de la faute de leurs parents ; nul droit n'a encore créé une légitimité aussi accessible.

Mais la morale a des exigences impérieuses ; pour honorer le mariage, il est nécessaire de faire aux enfants naturels une condition inférieure.

Que les incapacités s'appliquent au plus petit nombre possible d'entre eux, il est possible et souhaitable de le préconiser sans rien déranger de l'armature sociale. Par contre, relever, coûte que coûte, la situation des enfants naturels aboutit fatalement à discréditer le mariage et la famille. Dans certains cas, l'intérêt général exige que l'enfant ait à supporter les fautes de ses parents ; c'est d'ailleurs une loi naturelle à laquelle nous ne pouvons nous soustraire (2).

Mais cette idée heurte l'esprit d'égalitarisme outraneur de nos législateurs. On se refuse à faire peser sur les enfants les conséquences de la vie irrégulière de leurs parents ; on repousse énergiquement tout ce qui pourrait faire penser à la réprobation d'une faute morale des parents. La conséquence ne se fait pas attendre : rapproché de l'union libre, le mariage perd en partie sa force et sa dignité (3).

*
**

Si nous considérons en elle-même la jurisprudence de la Cour de Cassation, nous ne pouvons que lui donner une adhésion sans réserves.

Il n'en est pas moins vrai qu'elle est inconciliable avec le droit actuel du mariage. La règle qui fait dépendre la légitimité de la survenance du mariage à une époque quelconque entre le début de la conception et la naissance exige un mariage stable, tant au point de vue technique qu'au point de vue de l'ordre moral et social.

(2) Paul Bourget, *Nos actes nous suivent*.

(3) V. G. Ripert, *Le Régime démocratique et le Droit civil moderne* (au chapitre sur l'héritage de la Révolution).

Or, en France, le mariage tend à s'affaiblir ; la cause primordiale en est le nombre croissant des divorces.

Ne serait-ce que pour de simples considérations juridiques, il faut entraver cette progression. Le divorce complique le droit de la filiation ; il rend plus fréquents les conflits de paternités. Avec le mariage indissoluble ne prenant fin que par le décès de l'un des conjoints, on n'évite pas totalement ces inconvénients ; les secondes noces étant permises, il se produira nécessairement des cas où un enfant pourra réclamer simultanément plusieurs filiations. Toutefois ils sont rares ; l'un d'eux avait été envisagé lors de la discussion du Code Civil, c'était celui de la femme enceinte qui se remarie sans observer le délai de la viduité.

La pratique en a révélé un autre ; celui de la veuve qui, en se remariant, prétend légitimer un enfant né quelques 280 jours après le décès du premier mari (4).

Les mêmes conflits se présentent lorsqu'au lieu d'une veuve, il s'agit d'une femme divorcée ; et ils sont aggravés par les dispositions qui accordent la légitimation aux enfants adultérins.

Ainsi, l'article 331 du Code Civil permet aux enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère d'être légitimés lorsqu'ils sont réputés conçus à une époque où le père ou la mère avait un domicile distinct en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'article 878 du Code de Procédure Civile.

Vis-à-vis de ces enfants nés en instance de divorce, la loi du 25 avril 1924 repousse la présomption de l'article 312 du Code Civil pour les faire bénéficier de la légitimation. Or, si celle-ci est incontestablement ouverte aux enfants nés après le 300^e jour qui suit l'ordonnance,

(4) Cass. Civ., 23 novembre 1842, S., 1843-1-6. Cass. roumaine, 21 novembre 1934, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1935, p. 992.

l'est-elle également aux enfants nés entre le 180^e et le 300^e jour ?

Le problème est délicat ; il faut concilier le sort de ces enfants avec la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

La solution, admise en doctrine (5) consiste à distinguer entre l'enfant adultérin *a patre* et l'enfant adultérin *a matre*.

Pour le premier, il n'est pas de « confusion de part » à craindre, il pourra donc être légitimé si sa naissance se place plus de 180 jours après l'ordonnance.

Il en est tout différemment du second ; il paraît impossible d'autoriser sa légitimation s'il est né avant le 300^e jour qui suit l'ordonnance.

Cette solution n'est cependant pas parfaite car elle ajoute à la loi qui ne fait pas de distinction entre les deux catégories d'enfants.

Loin d'ailleurs de se ranger à cette opinion, la jurisprudence (6) admet que l'enfant adultérin, qu'il le soit par sa mère ou par son père, peut être légitimé lorsqu'il naît après le 180^e jour suivant l'ordonnance de séparation de résidence.

Sans approfondir le problème, remarquons seulement la difficulté : au cas de divorce ou de séparation de corps, à quel moment faut-il faire cesser la présomption de l'article 312 ?

D'autres difficultés peuvent se présenter. Le divorce, combiné avec les lois sur la légitimation des enfants

(5) Colin et Capitant, 8^e éd., t. I, n° 288. Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil français*, t. II. *La famille*, par Rouast, n° 989. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de Droit Civil français*, 2^e éd., t. III, par A. Breton, n° 1226. Ed. Lévy, *Traité de la Légitimation*, n° 396.

(6) Rennes, 14 janvier 1937, *D. P.*, 1937-2-45 et note M. Savatier. Lyon, 24 juin 1937, *Gaz. Pal.*, 1937-2-460. Voir également : « La légitimation d'un enfant adultérin » par M. Damour, Avocat Général près la Cour d'Appel de Lyon. *Prat. Dr.*, 1938-78.

adultérins, aboutit parfois à la bigamie. On peut supposer, en effet qu'un homme, continue à avoir des relations avec sa femme légitime, tout en ayant une concubine.

S'il divorce et se remarie aussitôt avec celle-ci, des enfants de la femme légitime et de la concubine pourront naître en même temps ; l'un et l'autre seront légitimes du même père mais de mères différentes.

Ces quelques exemples ont seulement pour but de montrer toutes les complications qu'entraîne le divorce. Seul le mariage à caractère vraiment durable peut se concilier avec la jurisprudence moderne.

Donner une large compréhension à la famille légitime exige un mariage fort.

Or, la famille perd en force ce qu'elle gagne en extension. C'est là où se trouve le danger.

Le Droit Canon avait bien compris la possibilité d'un tel danger, lui qui avait fait du mariage, d'abord et avant tout un Sacrement, symbole de l'union entre le Christ et l'Eglise. Basée sur ce lien d'ordre sacré, l'armature familiale est demeurée extrêmement solide à l'époque du Droit Canon, bien que l'accession à la famille fût grandement facilitée.

En droit moderne, si nous voulons éviter le déclin et peut-être la ruine de la famille, il faut donner au mariage une force nouvelle. Cette force devrait être, nous semble-t-il, la conséquence du caractère institutionnel du mariage.

Le mariage apparaît aujourd'hui beaucoup plus comme une institution que comme un contrat ; le deuxième élément est absorbé par le premier de même qu'en Droit Canon la notion de mariage-contrat l'avait été par celle de mariage-sacrement. « La famille s'est constituée selon le rythme des affinités naturelles ; l'histoire, la tradition, la religion en ont peu à peu épuré le

concept puis la loi a ordonné l'institution en vue de lui assurer, dans l'intérêt général la cohésion, la force et la durée » (7).

Or, qui dit institution dit aussi union ne pouvant être dissoute que pour certaines causes limitativement prévues par la loi. L'une des contradictions de ces temps modernes consiste à partir du caractère institutionnel du mariage pour aboutir au lien relâché tel qu'il existe aujourd'hui, en fait subordonné le plus souvent à la volonté des époux. Il faut donner au mot « institution » son sens véritable et lui faire produire tous ses effets.

Le mariage ne retrouvera sa vertu que le jour où il sera indissoluble. Alors, seulement, il pourra servir de base à une famille digne et cohérente, quoique accueillante.

(7) Note G. P., sous Cass. Civ., 8 janvier 1930, D. P., 1930-1-51.

Vu :
LE DOYEN,

NÉZARD.

Vu :
LE PROFESSEUR,
PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
FRÉJAVILLE.

Vu et permis d'imprimer :
LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,
PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ
DAURE

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT ROMAIN

OUVRAGES GÉNÉRAUX :

CUQ (E.). — Manuel des Institutions juridiques des Romains, Paris 1917.

GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 7^e édition, 1924.

OUVRAGES SPÉCIAUX

ELLEWOOD CORBETT (Percy). — The Roman Law of marriage Oxford, 1930.

DECLAREUIL. — Paternité et filiation ; contribution à l'histoire de la famille légale à Rome, *Mélanges Girard*, 1913.

LEFEBVRE (Ch.). — Cours de Doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français, (10^e cours), Paris, 1906.

TISSET (P.). — Contribution à l'histoire de la Présomption de Paternité, *Thèse Montpellier*, 1921.

II. — DROIT CANON

TEXTES :

CODEX JURIS CANONICI. — Pii X pontifici maximi jussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus Romæ, typis Vaticanis, 1918.

CORPUS JURIS CANONICI. — Edition Friedberg, Pars Secunda, *Decretalium Collectiones*, Lipsiæ, 1881.

CANONISTES :

COVARRUVIAS. — De Matrimonio, Pars II, Cap. VIII § II :
« *De illegitimis et eorum legitimatione* », 1638.

MOLINA. — Tom. 1 de justitia, tract. 2, disp. 178 num. 4.

PANORMITANUS (Abbas). — Super secunda decretalium Lugduni prici de Benedicto, 1505.

PONTIUS. — De Sacramento matrimonii tractatus, lib. 11, cap. 3, num. 2, 1655.

REIFFENSTUEL. — Jus Canonicum universum, tomus quartus, Lib. IV, Decretal, tit. XVII.

MICHAËLE ROSSETT. — De Sacramento Matrimonii, tom. V, Paris, 1897, n^{os} 3425 et s.

OUVRAGES GÉNÉRAUX :

CANCE. — Le Code de droit canonique. Commentaire succinct et pratique. T. II. Des religieux, des laïques, des sacrements. Paris, 1928.

LE BRAS. — La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille (article paru sous le mot : Mariage au Dictionnaire de Théologie catholique, t. 9, Paris, 1926.)

VERMEERSCH ET CREUSEN. — Epitome juris Canonici, Malines, 1930.

OUVRAGES SPÉCIAUX :

ESMEIN. — Le Mariage en droit canonique, 2^e édit. mise à jour par R. Génestal et Jean Dauvillier, Paris, 1935. (2 vol.)

FREISEN (Joseph). — Geschichte des Canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur. Tübingen, 1888.

GÉNESTAL. — Histoire de la Légitimation des enfants naturels en droit canonique, Paris, 1905 (Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes).

PEROZZI. — Tollere liberum (Etudes en l'honneur de Simon-celi, 1917).

III. — ANCIEN DROIT

AUTEURS ANCIENS :

D'AGUESSEAU (Chancelier). — Œuvres complètes. Paris, Libraires Associés, 13 vol.

CHARONDAS LE CARON. — Pandectes ou Digestes du Droit français corrigés et augmentés de nouveau, Paris, 1637, T. II.

GUY COQUILLE. — Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes, Paris, 1646 (question 28).

LEBRUN. — Des Successions, Paris 1773 (avec les critiques de M. Espiard de Vaux).

POTHIER. — Traité du Contrat de Mariage, Paris, Orléans, 1773.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE :

BONIFACE. — Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence, Cour des Comptes, Aydes et Finances du même pays. Lyon, 1708.

GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence Paris, 1785.

MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence, 5^e édition, Paris, 1827-1828, 18 vol.

GUY DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, Avocat au Parlement de *Paris*. — Recueil de Jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier, par ordre alphabétique.

— Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, 7^e édit. Paris, 1771 (t. 3).

— Journal des principales audiences du Parlement depuis l'année 1622 jusqu'en 1722. Paris, Libraires associés, 1757, 7 volumes.

— Journal du Palais, Paris, Thierry, 1701, 2 vol.

IV. — DROIT MODERNE

OUVRAGES GÉNÉRAUX :

AUBRY ET RAU. — Cours de Droit Civil français, 5^e édition, Paris, 1917, t. 9.

BAUDRY LACANTINERIE ET CHÉNEAUX. — Traité théorique et pratique de Droit Civil, t. IV, 3^e édit. 1907-1908.

- BAUDRY LACANTINERIE ET GUYOT. — Précis de Droit Civil
14^e édit. t. 1, Paris, 1926.
- BEUDANT. — Cours de Droit Civil français, 2^e édit., t. III avec
la collaboration de M. André Breton, Paris, 1936.
- COLIN ET CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit Civil,
1923, 4^e édit. t. I.
- DELVINCOURT. — Cours de Code Civil, 1834, 5^e édit. t. I.
- DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de
Code Civil, 9 volumes in-8°, t. II, 3^e édit. 1896.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, t. V, 2^e édit. 1860.
- DURANTON. — Cours de Droit français suivant le Code Civil,
Paris, 1828, 2^e édit. t. VII.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code Civil,
Paris, 1892, t. III.
- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, 2^e édit.,
t. I, Paris, 1932.
- LAURENT. — Principes de Droit Civil français, 3^e édit.
Bruxelles et Paris, 1878, t. III.
- MARCADÉ et Paul PONT. — Explication théorique et pra-
tique du Code Napoléon (sous l'article 314), 7^e édit.
Paris, 1872-1884.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit Civil, Paris, 1928,
t. I.
- PLANIOL ET RIPERT. — Traité pratique de Droit civil fran-
çais, Paris, 1926, t. II, avec le concours de M. Rouast.
- PROUDHON. — Cours de Droit français, 3^e édit. Paris, 1848,
1^e partie, t. II.
- TAULIER. — Théorie raisonnée du Code Civil, Grenoble, 1840-
1848, t. I.
- VALETTE. — Explication sommaire du Livre I^{er} du Code
Napoléon, Paris, 1859, t. VII.

PHILOSOPHIE DU DROIT :

- GÉNY. — Science et technique en Droit privé positif, Paris, 1927.
- GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse Dijon, 1912.
- G. RIPERT. — Le Régime démocratique et le Droit Civil moderne, Paris, 1936.

OUVRAGES SPÉCIAUX :

- A. COSTE FLORET. — La nature juridique du mariage, ce qu'elle est dans le Code Civil; ce qu'elle devrait être. Thèse Montpellier, 1935.
- BERNARD LASSERRE. — Légitimation des enfants adultérins, Thèse, Paris, 1931.
- LÉVY (Ed.). — Traité pratique de la légitimation des enfants naturels simples, incestueux ou adultérins, Paris, 2^e édit. 1926.
- MOTIN (Pierre). — Essai d'une théorie nouvelle sur la nature juridique de la reconnaissance volontaire des enfants naturels, thèse Rennes, 1934.

ARTICLES DE REVUES :

- COLIN (Ambroise). — De la Protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation (*Rev. trim. de Droit Civil*, 1902, p. 257 et s.).
- COLLET (Paul). — De l'état de l'enfant né avant le 180^e jour **du mariage** (*Rev. critique de Législation et de Jurisprudence*, 1870 t. 36 p. 1^{er} à 14).
- DAMOUR, *Avocat Général près la Cour d'Appel de Lyon*. — La légitimation d'un enfant adultérin. *Prat. du Droit* 1938-78.
- GAUDEMET (Eug.). — Chronique sur la Jurisprudence française en matière de Droit Civil (*Rev. Trim. de Droit Civil* 1926 p. 378 et s.)
- « Chronique de Jurisprudence française en matière de Droit Civil (*Rev. trim. de Droit Civil* 1930 p. 360 et s.

LAGARDE (Gast.). — Chronique de Jurisprudence en matière de Droit français. Personnes et droits de familles, *Rev. trim. de Droit Civil*, 1935, p. 627 et p. 816).

« Chronique de Jurisprudence française en matière de Droit civil: Personnes et droits de familles (*Rev. trim. de Droit Civil* 1937, p. 813 et s.)

ROUAST (A.). — La Condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage (*Rev. trim. de Droit Civil* 1927, p. 137 et s.)

VALLIMARECO (Alex.). — Chronique de Jurisprudence étrangère en matière de Droit Civil (*Rev. trim. de Droit Civil*, 1935, p. 992.)

CONCLUSIONS ET RÉQUISITIONS

DAMOUR (*Avocat Général*). — Sous Lyon, 24 Juin 1937,

MERLIN (*Procureur Général*). — Sous Cass. 11 mars 1811
Recueil Général des Lois et Arrêts, t. 3-1-306.

DE LA PRANDIÈRE (*Premier Avocat Général*). — Sous Lyon, 6 avril 1870, *D. P.* 1870-2-227.

TERLINDEN (*Premier Avocat Général*). — Sous Cass. Belgique 29 Novembre 1906, *Sir.* 1910-4-18.

NOTES D'ARRÊTISTES :

BASTIAN. — Sous Caen 20 juin 1935, *Sir.* 1936-2-129.

BESSON (A.) — Sous Cass. Civ. 8 janvier 1930, *Semaine juridique* 13 avril 1930 p. 350 et s.

BOULLANGER (Am.) — Sous Grenoble 19 Février 1868, *Sir.* 1868-2-97.

DEVILLENEUVE. — Sous Cass. Civ. 23 Novembre 1842, *Sir.* 1843-1-6.

ESMEIN (Paul). — Sous Cass. Civ. 4 janvier 1935, *Sir.* 1936-1-17.

GÉNY. — Sous Cass. Civ. 8 janvier 1930, *Sir.* 1930-1-257.

LAGRANGE (M^{lle} E. de). — Sous Cass. Civ. 2 juillet 1936, *D. P.* 1936-1-118.

- LOUBERS. — Sous Cass. Civ. 7 juillet 1910, *Sir.* 1914-1-273.
ORTLIEB. — Sous Poitiers 19 juillet 1875, *Sir.* 1876-2-161.
ROUAST. — Sous Cass. Civ. 4 janvier 1935, *D. P.* 1935-1-5.
SAVATIER. — Sous Rennes 14 janvier 1937, *D. P.* 1937-2-45.
G. P. — Sous Cass. Civ. 8 janvier 1930, *D. P.* 1930-1-51.
X... — Sous Trib. Civ. Bar-le-Duc, 22 février 1862, *D. P.* 1862-3-57.

V. — DROIT INTERNATIONAL PRIVE

- DREYFUS. — Note au *Clunet* 1929 p. 807.
LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — Précis de Droit international
privé, Paris 1928.
NIBOYET. — Manuel de Droit international privé, 2^e édit.
Paris 1928.

VI. — DIVERS

- BOURGET (P.) — Nos actes nous suivent, t. I et II, Paris,
1927.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>C. Civ.</i>	Code Civil.
<i>Cf.</i>	Conférez.
<i>Ch. réun.</i>	Chambres réunies de la Cour de Cassation.
<i>Civ. Cass.</i>	Cour de Cassation, Chambre Civile, arrêt de cassation.
<i>Civ. rej.</i>	Cour de Cassation, chambre civile, arrêt de rejet.
<i>Clunet</i>	Journal de droit international privé (fondé par M. Clunet.)
<i>Comp.</i>	Comparez.
<i>D. H.</i>	Dalloz, Recueil hebdomadaire de Jurisprudence.
<i>D. P.</i>	Dalloz, Recueil périodique et critique de Jurisprudence, de Législation, et de doctrine.
<i>Jur. Gén.</i>	Dalloz, Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
<i>Jur. Gén. Sup.</i>	Supplément au répertoire méthodique et alphabétique.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>Gaz. Trib.</i>	Gazette des Tribunaux.
<i>Loché</i>	Législation civile, commerciale et criminelle de la France, par Loché.
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (ouvrage précité).
<i>Proc. civ.</i>	Code de Procédure Civile.
<i>Req.</i>	Cour de Cassation, Chambre des Requêtes.
<i>Rev. Crit. de lég. et de Jur.</i>	Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
<i>Rev. trim. de dr. civil.</i>	Revue trimestrielle de droit civil.
<i>Sir.</i>	Sirey, Recueil général des lois et arrêts.
<i>Sir. chr.</i>	Sirey chronologique, 9 vol. 1791-1830.
<i>Tr. Civ.</i>	Tribunal Civil.
<i>V° cit.</i>	<i>Verbo citato</i> (mot précité).
<i>Voy.</i>	Voyez.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — La légitimité dépend de :	
1° Vraisemblances ;	
2° l'intérêt de l'enfant ;	
3° l'intérêt général	5
Conciliation et opposition de ces points de vue	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>Notions historiques</i>	17
La Thèse classique (Droit romain, Ancien Droit) : la conception en mariage, source de légitimité.	
La Thèse canoniste : la conception, la gestation et la naissance en mariage, sources de légitimité	17
<i>Section I. — Droit Romain</i>	19
§ 1. <i>Droit antique</i> : La volonté du <i>Pater familias</i> source de légitimité	19
§ 2. <i>Droit de l'Empire et de l'époque justinienne</i> : Le mariage devient la source de la légitimité	20
<i>Section II. — Droit Canon</i> : L'existence du mariage à un moment quelconque de la formation de l'enfant : source de légitimité. — Théorie de la Légitimation par mariage subséquent	27
§ 1. <i>Doctrine admise par la majorité des Canonistes</i> . De la force du mariage. Ses effets sur la condition de l'enfant	27
§ 2. <i>Les conséquences de cette doctrine</i> . Rétroactivité de la légitimité	35
§ 3. <i>Appréciation d'ensemble</i> sur la théorie des Canonistes	36

	Pages
<i>Section III. — Ancien Droit. Retour à la thèse : La conception en mariage, source unique de légitimité</i>	38
CHAPITRE II. — <i>Le Code Civil</i>. Compromis entre la thèse traditionnelle et la thèse canoniste (articles 312 et 314)	49
<i>Section I. — Etude intrinsèque des textes</i>	51
§ 1. Textes relatifs à la légitimité	51
§ 2. Textes relatifs à la légitimation	58
<i>Section II. — Les travaux préparatoires du Code Civil</i>	59
§ 1. Travaux préparatoires relatifs à la légitimité	59
§ 2. Travaux préparatoires relatifs à la légitimation	66
CHAPITRE III. — <i>Du Code Civil à l'arrêt Degas</i>. Débat sur l'article 314 du Code Civil. Légitimité ou Légitima- tion de l'enfant conçu avant mais né pendant le mariage	69
<i>Section I. — Intérêt de la question</i>	71
<i>Section II. — Thèse de la Légitimation</i>	73
§ 1. Son fondement	73
§ 2. L'explication classique : Légitimation par reconnaissance tacite. Exposé. Appréciation critique	75
§ 3. L'explication de M. Rouast : Légitima- tion légale. Exposé. Appréciation cri- tique	87
<i>Section III. — Thèse intermédiaire de MM. Au- bry et Rau . Exposé. Appréciation critique.</i> ..	91
§ 1. Exposé de la théorie par les auteurs.	96
§ 2. La Jurisprudence	99

	Pages
CHAPITRE IV. — <i>Le Principe de l'Arrêt Degas : Ses conséquences. Ebauche d'une théorie générale de la Légitimité</i>	119
<i>Section I. — Les conséquences tirées de l'arrêt Degas par la Jurisprudence</i>	119
§ 1. Exposé de la Jurisprudence	119
§ 2. Etude critique de la Jurisprudence ..	132
<i>Section II. — Application à la Légitimation. Essai d'une Théorie Générale de la Légitimité</i> ..	143
CONCLUSION. — I. — Le nouveau droit de la légitimité doit être approuvé en lui-même	155
II. — Mais il exige un mariage « fort »	155
BIBLIOGRAPHIE	163
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	170
TABLE DES MATIÈRES	171

Imprimerie
LECERF
Rouen

